

RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ACTOS Y CONTRATOS DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Aplicación preferente del derecho privado – Fundamento en los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994 – Derecho privado – Aplicación de principios de la función administrativas – Gestión fiscal – Inhabilidades e incompatibilidades del EGCAP

[...] Acuavalle [...] ostenta la naturaleza jurídica de empresa de servicios públicos domiciliarios, de carácter oficial, constituida como sociedad anónima por acciones entre entidades públicas. De acuerdo con los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994, y ha ratificado el pleno de esta Sección, los actos y contratos de esta clase de entes en principio se rigen por el derecho privado, salvo que el ordenamiento jurídico disponga otra cosa.

[...] las manifestaciones de voluntad de la demandada, especialmente las desarrolladas en el marco de un contrato, tienen connotaciones y efectos homólogos a aquellos que se desarrollan en el tráfico negocial de los particulares, siguiendo lo establecido por los Códigos Civil y de Comercio, empero, con el distintivo de estar orientadas por los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, y sometidas a las inhabilidades e incompatibilidades incluidas en el EGCAP.

FACULTADES UNILATERALES – Régimen privado - Acuerdo entre las partes de manera expresa, clara e inequívoca – Causa externa – Improcedencia de reanudación del plazo del contrato por expiración del convenio

Lo primero que debe señalarse es que, tratándose de negocios jurídicos suscritos por entidades públicas pero sometidos al derecho privado por disposición legal, pueden pactarse y ejercerse facultades unilaterales en virtud de la autonomía de la voluntad que rige los negocios jurídicos, pero su estipulación debe constar de manera expresa, clara e inequívoca en el acuerdo de voluntades.

Bajo esa premisa, se advierte que Acuavalle no estaba contractualmente habilitada para adoptar por sí sola una medida que pausara el plazo de ejecución, ni para levantar unilateralmente la que hubiera sido pactada. La cláusula trigésima primera del contrato de obra contempló que la suspensión sería procedente en caso de producirse situaciones de fuerza mayor o caso fortuito, o cuando surgiera del mutuo acuerdo de las partes.

[...] al margen de encontrar que ninguna de las partes -en especial, la demandada- podía suspender o rehabilitar motu proprio el periodo de ejecución contractual, una decisión de esta naturaleza carece de efectos prácticos una vez ocurrida la expiración por una razón que las mismas partes previeron, y a la cual estaba sujeta la vigencia del contrato de obra. En otras palabras, una vez acaecida la circunstancia externa y prevista por las partes que concluyó el lapso para desarrollar oportunamente las obligaciones pactadas, esto es, el plazo extintivo pactado, resultaba improcedente cualquier reanudación. En ese sentido, contrario a lo expresado por el Tribunal, tal medida era inane para declarar el incumplimiento, la ocurrencia de siniestros, la efectividad de las garantías, y la liquidación del contrato, ya que no había término por reavivar.

FACULTAD PARA HACER EFECTIVA LAS GARANTÍAS – Cláusula penal – Apropiación de saldos adeudados o cobro de garantías de cumplimiento –

Acuerdo expreso entre las partes – Declaratoria de incumplimiento y concreción del riesgo

Mediante una lectura conjunta de las cláusulas vigésima sexta, vigésima octava y trigésima del contrato de obra, esta Subsección infiere que Acuavalle tenía, ante una situación de “incumplimiento de las obligaciones contractuales” a cargo de la contratista, la facultad de “hacer efectiva” la cláusula penal pecuniaria, bien fuera apropiando los saldos adeudados al contratista o “mediante el cobro de la garantía de cumplimiento” adelantado a través de “Resolución motivada” que sería notificada al garante en caso de optar por la última de las alternativas.

En ese orden de ideas, considera que la puesta en marcha de las garantías ante la aseguradora suponía lógica y necesariamente las declaraciones de incumplimiento y de concreción del riesgo, de lo contrario, estas estipulaciones no alcanzarían un fin práctico, en contravía de lo que busca el ordenamiento al prever la regla que da preferencia al entendimiento del clausulado que produzca efectos por encima de aquel que no los proporciona.

INTERPRETACIÓN JUDICIAL DE LAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES – Competencia del juez del contrato para interpretar las cláusulas – Aplicación de las reglas hermenéuticas del Código Civil artículo 1620

Las cláusulas contentivas de esta clase de acuerdos son susceptibles de interpretación por parte del juez del contrato, ejercicio que adelantó la Sala al empezar este acápite, conforme a las reglas hermenéuticas contenidas en el Código Civil⁸³, en particular, a aquella que le confiere prevalencia al sentido que provea de efectos a lo pactado por encima del que no los produzca (Art. 1620), como desarrollo del de la facultad normativa de la relación jurídica en cabeza de las partes, y en aras de asegurar las finalidades prácticas que ambas persiguen.

[...] para la Sala las manifestaciones de voluntad encaminadas a depositar en la Empresa la posibilidad de hacer efectiva la póliza mediante “Resolución motivada” y notificada a la aseguradora permiten establecer que en el contrato de obra se previó la facultad de declaración de incumplimiento, acto del que, además de ser puesto en conocimiento de la aseguradora, debía contener una exposición fundamentada de las razones que condujeron a las declaraciones allí adoptadas así como de las sumas expresadas en la denominada Resolución 152 de 2012, posteriormente confirmada.

LIQUIDACIÓN UNILATERAL EN CONTRATOS REGIDOS POR DERECHO PRIVADO Y SU INCIDENCIA EN LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL – Derecho privado – No vinculante sin pacto –Facultad unilateral no genera per se responsabilidad – Exige daño y nexo causal

En este punto, debe reiterarse que el tratamiento del acto de liquidación unilateral como contractual regido por el derecho privado, impone su abordamiento desde la perspectiva de la responsabilidad contractual, específicamente, de la infracción de lo pactado.

Dicho esto, la Subsección advierte que la liquidación pronunciada de forma unívoca por la demandada carecía de aptitud para producir una liquidación contractual definitiva y vinculante, toda vez que esta modalidad de balance definitivo no fue prevista por las partes en el acuerdo de voluntades. De suerte que, a diferencia de lo que acontece en

el régimen del EGCAP, este acto no es ejecutivo ni ejecutorio, y únicamente plasma su criterio acerca de cuál debía ser el corte definitivo de cuentas derivadas del contrato.

Tomando lo anterior, desde la perspectiva del incumplimiento, que una de las partes emplee una facultad unilateral no convenida no se transforma automáticamente en responsabilidad contractual. Para tal efecto, como ha dicho la Sala, una infracción que conlleve a esa declaración supone la preexistencia y validez de una prestación debida que es desconocida en el tiempo y forma estipulados por acción u omisión del deudor, y que ocasiona un daño cierto y derivado causalmente del comportamiento antijurídico del obligado. Circunstancias que, igualmente, requieren de prueba por quien las alega en juicio.

En este caso, la manifestación unilateral de voluntad orientada a fijar un balance conclusivo no tenía, por sí sola, la virtualidad de constituir una plataforma válida para exigir un pago al contratista o a la aseguradora, pues el acuerdo de voluntades no le otorgaba tal alcance. No obstante, podría afirmarse que dicho ejercicio estaba estrechamente ligado a las cifras y conceptos empleados por la Empresa para estimar los perjuicios derivados del supuesto incumplimiento amparado por la póliza. Sobre este punto, se reitera que la parte actora no acreditó que tales cifras se apartaran de la realidad contractual.

INAPLICACIÓN DE LAS REGLAS DEL EGCAP EN CONTRATOS ESTATALES REGIDOS POR DERECHO PRIVADO – Régimen de derecho privado – No aplica EGCAP – Aplicación por documentos contractuales – Aplicación por condiciones de la póliza – Extensible a la aseguradora garante

[...] la Sala considera pertinente resaltar que, en el contexto de un contrato estatal regido por el derecho privado, no es aplicable lo dispuesto por las reglas propias de los negocios jurídicos orientados por el EGCAP que refieren pautas procedimentales para resolver unilateralmente el incumplimiento y/o la ocurrencia de los siniestros amparados, salvo que las partes lo indiquen, los instrumentos incorporados al acuerdo así lo establezcan o -en lo que corresponde a la aseguradora garante- las condiciones de la póliza lo prevean.

DEBIDO PROCESO – Aplicación en relaciones entre particulares – Elementos – Inexistencia del deber de llamar a la compañía de seguros

Empero, ello no significa que el debido proceso no opere en asuntos como el presente, ya que esta garantía también se predica de las relaciones entre las partes de los contratos, especialmente cuando una de estas posee prerrogativas unilaterales de imponer consecuencias negativas a la otra, a fin de prevenir abusos en su ejercicio o en la posición dominante, de suerte que se exigen mínimos de razonabilidad y de proporcionalidad. En ese orden de ideas, el respeto de este derecho requiere que la imposición de medidas por uno de los contratantes respecto de otro: (i) conste en un "cuerpo normativo expedido con anterioridad al acaecimiento de la conducta que se juzga como indeseable"¹⁰¹; (ii) asegure la publicidad, imparcialidad y debida motivación del trámite y de la decisión; (iii) tenga la posibilidad de defenderse, presentar pruebas y controvertir las decisiones que le sean adversas.

[...] no encuentra elementos de juicio para advertir que la Empresa tuviera el deber de citar con antelación a Colpatria para que se pronunciara sobre el incumplimiento del

contratista de obra. En efecto, del texto del contrato no se desprende que previo a hacer efectiva la garantía, Acuavalle debiera llamar a la compañía de seguros, ni que esa supuesta fase fuera un presupuesto necesario para expedir adecuadamente decisiones unilaterales como las que fueron adoptadas en las Resoluciones.



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A**

Consejero ponente: FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ

Bogotá, D. C., trece (13) de marzo de dos mil veintiséis (2026)

Radicación: 44001-23-40-000-2013-00134-01 (69.876)
Demandante: Seguros Colpatria S.A.
Demandado: Sociedad de Acueductos y Alcantarillados del Valle del Cauca –Acuavalle S.A. E.S.P.
Referencia: Controversias contractuales

Temas: *CONTRATOS CELEBRADOS POR EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Se rigen por el derecho privado, salvo que la ley disponga otra cosa. // FACULTADES Y PRERROGATIVAS UNILATERALES EN LOS CONTRATOS DE RÉGIMEN EXCEPTUADO DE CONTRATACIÓN ESTATAL – Para su ejercicio deben ser pactadas de forma clara, expresa e inequívoca, lo que no impide que sean interpretadas conforme a las pautas hermenéuticas que desarrolla la ley // DEBIDO PROCESO EN CONTRATOS DE DERECHO PRIVADO – Características // CARGA DE LA PRUEBA – Corresponde a la parte demandante demostrar los supuestos de hecho que fundamentan sus pretensiones.*

1. La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia del 3 de marzo de 2021, proferida por el Tribunal Administrativo de la Guajira, que negó las pretensiones de la demanda.

SÍNTESIS DEL CASO

2. Acuavalle S.A E.S.P. celebró el contrato n.º 141 de 2008 con la sociedad Suárez y Silva Ltda¹ para que esta última realizara el diseño y construcción del sistema de acueducto y alcantarillado del corregimiento Los Pondores en el municipio de San Juan del Cesar². Seguros Colpatria expidió una póliza de cumplimiento para garantizar las obligaciones de la contratista, quien cedió su posición a la Unión Temporal Proaguas C.T.A. – O.M.E. 3 A Ltda. Durante la ejecución, las labores se suspendieron en cinco oportunidades y luego de la última ocasión los trabajos no reiniciaron. Ante esta situación, la Empresa contratante expidió la Resolución n.º 152 de 2012 -confirmada por la n.º 289 del mismo año- mediante la cual levantó la suspensión, declaró el incumplimiento de la Unión Temporal, determinó la ocurrencia de los siniestros de cumplimiento y de buen manejo y correcta inversión del anticipo, hizo efectiva la póliza exigiendo a la aseguradora el pago, y ordenó la liquidación unilateral del contrato. Estas decisiones son cuestionadas en este proceso por la compañía de seguros.

¹ En calidad de contratista.

² Este contrato se suscribió en desarrollo del convenio interadministrativo 008 de 2008, celebrado entre la empresa de servicios públicos y Corpoguajira.



ANTECEDENTES

La demanda y las razones de hecho y de derecho en las que se fundamentó

3. El 5 de julio de 2013, Seguros Colpatria S.A. (en adelante, la demandante, la actora, la aseguradora, la garante o Colpatria), formuló demanda³ de controversias contractuales en contra de la Sociedad de Acueductos y Alcantarillados del Valle del Cauca – Acuavalle S.A. E.S.P. (en lo sucesivo, la demandada, la Empresa o Acuavalle), en procura de obtener pronunciamiento favorable respecto de estas pretensiones⁴:

“1. Que se declare la nulidad de la Resolución 152 de agosto 27 de 2012 y de la Resolución 289 de noviembre 1 de 2012, expedidas por el Gerente de la Instituto de la SOCIEDAD DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS DEL VALLE DEL CAUCA S.A. E.S.P. ACUAVALLE S.A. E.S.P., por las razones que se expondrán en el acápite de concepto de la violación del presente escrito.

2. Que como consecuencia de la prosperidad de la pretensión anterior, se declare que SEGUROS COLPATRIA S.A., no debe pagar a la SOCIEDAD DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS DEL VALLE DEL CAUCA S.A. E.S.P. ACUAVALLE S.A. E.S.P. la suma de MIL DOSCIENTOS SETENTA Y CINCO MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA MIL QUINIENTOS DIEZ PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 1.275'340.510.00) por concepto de la sanción impuesta mediante los actos administrativos demandados.

3. Que en subsidio se declare que la sanción por la efectividad de la garantía de cumplimiento del contrato, por la cual se pretende el cobro de la cláusula penal pactada en el contrato afectando dicha garantía por valor de \$ 600'116.148,00, debe ser reducida en un 35.86%%, comoquiera que el contratista afianzado cumplió con el 35.86% del contrato, o en la suma que se pruebe en el proceso.

4. Que se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada conforme lo dispone el artículo 188 del C.P.A.C.C.A.

5. Que se ordene dar cumplimiento a la sentencia dentro del término señalado por el artículo 192 del C.P.A.C.C.A.”

4. Como fundamento de sus pedimentos, la actora relató que Acuavalle suscribió con la sociedad Suárez y Silva Ltda. - Ingenieros Contratistas⁵ (en lo sucesivo SSIC) el contrato de obra número 141-2008 del 21 de agosto de 2008⁶, con el objeto de diseñar y construir el acueducto y alcantarillado del corregimiento “Los Pondores” en el municipio de San Juan del Cesar. Este fue pactado en virtud del convenio interadministrativo número 008 de 2008, celebrado entre la Empresa y la Corporación Autónoma Regional de la Guajira (Corpoguajira), que tuvo por objeto aunar esfuerzos técnicos y financieros para destinarlos a adelantar proyectos de abastecimiento de agua potable y sistemas de recolección, transporte, tratamiento y disposición general de aguas residuales en varias localidades, dentro de los cuales se hallaba la anteriormente mencionada.

³ En índice SAMAI segunda instancia, núm. 2. Archivo “3_ED_20130013400CUADE(.pdf)”, f. 2-36.

⁴ Transcripción textual, con énfasis propios y posibles errores.

⁵ Sociedad así denominada en la demanda y en el contrato.

⁶ Fecha afirmada por la actora en el hecho primero del libelo introductorio.



5. En virtud de lo acordado, SSIC presentó ante la demandada la Garantía Única representada en la póliza de seguros número 8001020488 otorgada por la aseguradora. El valor amparado por el cumplimiento del contrato fue de seiscientos millones ciento dieciséis mil ciento cuarenta y ocho pesos (\$600'116.148,00), mientras que el de manejo y buena inversión del anticipo fue de novecientos sesenta millones ciento ochenta y cinco mil novecientos treinta y siete pesos (\$960'185.937,00). La vigencia de la póliza inició el 3 de septiembre de 2008.
6. Según la cláusula trigésima del contrato, las partes convinieron que, mediante resolución motivada y notificada personalmente a la contratista, el gerente de la Empresa podría hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria o la garantía única de cumplimiento del contrato.
7. El 15 de febrero de 2010, Acuavalle remitió un oficio a la demandante en el que informó que SSIC estaba desatendiendo sus obligaciones contractuales por lo que daría inicio a los *“procedimientos administrativos”* correspondientes⁷.
8. Posteriormente, SSIC fue *“sustituida”* en el cumplimiento de las obligaciones estipuladas por la Unión Temporal Proaguas C.T.A. – O.M.E. 3 A Ltda. (en adelante, la UT), mediante acuerdo del 29 de abril de 2010.
9. El 18 de mayo de 2010, las partes del contrato de obra suscribieron el acta de suspensión número 5⁸, motivada en que no se había *“dado la viabilidad [sic] correspondiente a estos proyectos por lo que es necesario que se suspenda el inicio de las obras, hasta tanto se obtenga la respectiva viabilidad [sic]”*. Allí no se pactó una fecha de reinicio. Además, llegó el día de vencimiento del plazo estipulado sin que se haya levantado la suspensión aquí acordada.
10. El 29 de febrero de 2012, la Empresa comunicó a Colpatria que procedería a terminar y liquidar unilateralmente el negocio jurídico⁹.
11. A través de la Resolución 152 del 27 de agosto de 2012, Acuavalle dispuso: (i) levantar la suspensión suscrita de mutuo acuerdo; (ii) declarar el incumplimiento del contrato por parte de la UT; (iii) imponer la cláusula penal pecuniaria pactada en el acuerdo de voluntades; (iv) proclamar la ocurrencia de los siniestros de cumplimiento por una cuantía de \$600'116.148,00, y de anticipo por una suma de \$675'224.362,00; y (v) hacer efectiva la póliza por valor de \$1.275'340.510.

⁷ La demanda omite la mención al anuncio del trámite.

⁸ El escrito no hace alusión las cuatro anteriores suspensiones, ni los motivos que las justificaron.

⁹ El numeral noveno de la sustentación fáctica de la demanda está redactado en estos términos: «A pesar de lo anterior [que no se levantó la suspensión] *solamente hasta el día 29 de febrero de 2012, ACUAVALLE S.A. E.S.P. le envía a SEGUROS COLPATRIA S.A. el oficio AC-1180, en el cual le manifiesta que el 18 de mayo de 2010 se suscribió entre las partes el Acta de Suspensión No. 5 antes anotada, anotando que ‘Hasta la fecha no se ha reiniciado el plazo de ejecución del contrato, ni los contratistas se han presentado a rendir informe de la inversión del anticipo’, se procederá a realizar terminación y la liquidación unilateral del contrato.*».



12. La aseguradora interpuso recurso de reposición en contra de la Resolución 152 de 2012. la Empresa la confirmó en todas sus partes, por medio de la Resolución 289 del 1 de noviembre de 2012.
13. A juicio de la actora, los actos demandados son nulos porque: (i) el contrato ya había terminado con la finalización del convenio, por lo que no podía reactivarse ni liquidarse unilateralmente; (ii) no se probó el siniestro ni de la deficiente inversión del anticipo; (iii) Acuavalle, como empresa de servicios públicos domiciliarios, no podía declarar unilateralmente el incumplimiento; (iv) se vulneró su derecho de defensa al no permitirle controvertir los hechos antes de tomar las decisiones unilaterales; y (v) la cláusula penal se aplicó íntegramente sin atender al avance real del contrato.

Contestación de la demanda

14. Acuavalle se opuso¹⁰ a las pretensiones planteadas por Colpatria porque: (i) el levantamiento de la suspensión era necesario para adoptar decisiones posteriores y se efectuó tras requerir al contratista para reanudar las obras y avanzar en la liquidación bilateral; (ii) finiquitó oportunamente el acuerdo de voluntades considerando que aún no se había iniciado una acción contenciosa ni había acaecido su caducidad; (iii) la aseguradora conocía los informes técnicos, el trámite adelantado y las consecuencias de la liquidación unilateral, siendo su deber informarse sobre los contratos que garantiza; (iv) la empresa podía ejercer cláusulas exorbitantes porque el contrato debía incluirlas por mandato regulatorio¹¹; y, (v) respetó el debido proceso y la contradicción de la demandante, ya que la actuación le fue informada con antelación a expedir las resoluciones impugnadas, e interpuso los recursos correspondientes en vía gubernativa.

Sentencia de primera instancia

15. En providencia del 3 de marzo de 2021¹², el Tribunal negó las pretensiones de la demanda, y condenó en costas a la actora.
16. Inicialmente, en el fallo se indicó que, al momento de establecer la desatención del programa contractual, las pólizas estaban vigentes. Igualmente, consideró que el análisis se realizaba sobre “*actos administrativos*” contenidos en las Resoluciones 152 y 289 de 2012, y que el soporte jurídico de dichas decisiones eran los artículos 7, 11 y 17 de la Ley 1150 de 2007, normas que modificaron las disposiciones de garantías, liquidación, declaración de incumplimiento, multas y cláusula penal pecuniaria, en el marco del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (EGCAP).

¹⁰ En índice SAMAI segunda instancia, núm. 2. Archivo “3_ED_20130013400CUADE(.pdf)”, f. 226-274.

¹¹ Invocó el artículo 1 de la Resolución 293 de 2004 de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico.

¹² Índice SAMAI primera instancia, núm. 12.



17. Dicho eso, el a quo encontró que *“el plazo [del contrato, estaba] sujeto a la duración y/o terminación del convenio interadministrativo suscrito entre ACUAVALLE y CORPOGUAJIRA, el cual [terminó] a través de la Resolución 01210 del 16 de junio del 2011, cuando CORPOGUAJIRA resolvió reconocer la terminación ipso iure del Convenio No. 008 (venciéndose el venció [sic] el 18 de septiembre de 2010), suscrito con ACUAVALLE S.A E.S.P., es decir, lo termina estando suspendido el contrato cedido a [la UT] PROAGUAS”*. A partir de esta premisa, dedujo que uno de los motivos de la decisión unilateral demandada era el fenecimiento del acuerdo. En esa medida, las *“dinámicas contractuales”* evidenciadas en este caso hacían necesario legalizar su finalización, *“pero primero debía de [sic] levantarse la suspensión”* conforme a lo pactado para las modificaciones¹³, de allí que esa medida fuese razonable.
18. En ese orden de ideas, coligió que la demandada sí tenía competencia para liquidar unilateralmente el contrato de obra 141-2008, considerando que no existía un plazo perentorio para realizar esa actuación, salvo cuando expire el término de caducidad del medio de control de controversias contractuales o se notifique el auto admisorio de la demanda que pretenda el balance definitivo por vía judicial. Agregó que, en este caso, el *“plazo del contrato debe entenderse finalizado el 18 de septiembre de 2010 –misma fecha de finalización del convenio-, con lo que a ese momento Acuavalle contaba con la facultad”* de finiquitar el negocio.
19. De otra parte, sostuvo que el EGCAP señala que el acaecimiento del siniestro es comunicado por la entidad contratante al asegurador mediante la notificación del acto que así lo declare, razón por la que los derechos de defensa y contradicción *“son post facto [sic] de la realización”* del hecho. Ahora, admitiendo que era necesaria una *“actuación administrativa”* anterior a la decisión, el a quo encontró que la aseguradora no desconocía los hechos constitutivos de riesgo de incumplimiento de SSIC ni de la UT, conforme lo expresa el acta de reunión externa del 8 de marzo de 2010, y en oficios del 15 y el 18 de febrero de ese año, y todos estos dan cuenta de que esas circunstancias fueron tratadas.
20. En cuanto a la tasación de la cláusula penal indicada por las resoluciones, no se acreditó cuál fue la proporción realizada por los contratistas, ni su aceptación por parte de la contratante. Dentro de las pruebas no fueron allegados informes de interventoría u otras pruebas que permitieran establecer el porcentaje ejecutado.

Recurso de apelación

21. La actora impugnó¹⁴ la decisión adversa a sus súplicas en busca de que sea revocada. Para el efecto, expuso los siguientes argumentos:

¹³ Cita, en este punto, a lo dispuesto por el *“artículo sexto párrafo III del contrato:” Para las modificaciones relacionados exclusivamente con el plazo se levantará un acta la cual deberá ser suscrita por EL CONTRATISTA y el interventor.* (Extracto original del texto de la providencia, con negrillas y posibles errores e imprecisiones).

¹⁴ Índice SAMAI primera instancia núm. 118.



22. En su parecer, al justificar la decisión de decretar inicialmente el levantamiento de la suspensión para después proceder a declarar el incumplimiento, el Tribunal desconoció las pruebas que fueron recaudadas durante el proceso. A su juicio, este conjunto de elementos indicó *“que el Contrato de Obra 141-2008 se encontraba acabado desde el 16 de junio de 2011”*. En ese sentido, razonó que era imposible levantar la suspensión de un contrato ya concluido.
23. Aseguró que, si bien no ha cuestionado en ningún momento la potestad de la demandada de proclamar la ocurrencia del siniestro, fundamentada en el EGCAP, sí señaló que su contraparte no cumplió con la carga legal de demostrar su acaecimiento, de acuerdo con el artículo 1077 del Código de Comercio. En ese sentido, aseveró que, antes de hacer efectivas las garantías, debía declararse el incumplimiento de las obligaciones contractuales, y demostrar el incorrecto manejo o inadecuada inversión del anticipo. Por el contrario, las decisiones impugnadas carecieron de fundamento, en tanto se basaron en un *“supuesto informe rendido por los señores [...] Profesional I y [...] Subgerente Técnico de ACUAVALLE [...], desconocido para Colpatria y, lejos de lo considerado por el a quo, debía juzgarse que la demandada no cumplió los presupuestos necesarios para adoptar tales medidas, porque los actos únicamente presentaron cifras sin fundamento, y dejaron de especificar cuál fue y a cuánto ascendió la desatención contractual y la inversión deficiente del anticipo.*
24. Para la apelante, la providencia impugnada confundió la potestad de liquidación unilateral con la *“forma en que debe llevarse a cabo”*, que suponía adelantar un procedimiento en el cual era imperativo alcanzar el cruce definitivo de cuentas de manera concertada, previa convocatoria obligatoria al contratista. En el caso, se omitió todo el trámite y, en su lugar, directamente se liquidó el negocio.
25. En su criterio, la sentencia recurrida legitimó la vulneración del debido proceso de la aseguradora. Así, las comunicaciones, reuniones o *«“amenazas” de iniciar los procedimientos de ley para hacer efectivas la [sic] garantías»*, no respetaron su derecho a la defensa antes de tomar las decisiones que afectaron su patrimonio.
26. Contradijo la providencia porque, a su juicio, el *a quo* debió graduar la cláusula penal en aplicación del principio de proporcionalidad que, para la cuantificación, es obligatorio. Además, el propio *“acto administrativo”* no es coherente porque indicó que el porcentaje ejecutado del contrato de obra fue del 9.50%, debiendo ajustarse el monto de la cláusula penal al valor correspondiente. Por último, adujo que, si lo sostenido por el fallo es correcto, entonces la demandada no cumplió la carga jurídica de acreditar la ocurrencia del siniestro porque la falta de pruebas sobre este aspecto denota la ilegalidad de los actos.



Trámite en segunda instancia

27. En auto del 17 de septiembre de 2024, el Despacho admitió el recurso de apelación¹⁵. Las partes y el Ministerio Público no se pronunciaron durante esta etapa.
28. Mediante proveído del 27 de enero de 2026¹⁶, fueron denegadas las solicitudes planteadas por el apoderado de la demandante, la primera respecto de la acumulación procesal¹⁷ en tanto la petición no se realizó dentro de la oportunidad; y, la segunda, correspondiente a un desistimiento que fue erróneamente dirigido a este proceso y, en consecuencia, fue remitido al despacho correspondiente.

CONSIDERACIONES

29. Al no advertir la configuración de causal de nulidad alguna que invalide lo actuado y evidenciado el cumplimiento de los presupuestos procesales: jurisdicción, competencia, oportunidad en la presentación de la demanda, y legitimación por activa y por pasiva, esta Subsección procede a decidir la segunda instancia de la presente *litis*.

Problemas jurídicos por resolver e itinerario de la decisión

30. Según la recurrente, la providencia de primer grado erró en su apreciación del caso concreto porque: (i) desconoció las pruebas obrantes en el proceso que acreditaban la terminación del contrato y, en ese sentido, avaló que Acuavalle hubiese levantado la suspensión del término contractual pese a que éste ya se encontraba concluido por la extinción del convenio interadministrativo que lo dotaba de vigencia; (ii) encontró demostrado el siniestro, cuando en realidad la actora no acreditó que este haya acontecido en la magnitud que afectó la garantía otorgada por la aseguradora en los términos expuestos por las Resoluciones 152 y 289 de 2012, por la insuficiencia del informe que invocó para tal efecto; (iii) desconoció el procedimiento aplicable a la liquidación unilateral; (iv) no tuvo en cuenta que se vulneró el debido proceso de la aseguradora a controvertir los fundamentos de su decisión antes de que esta fuera adoptada; y, (v) cuantificó la cláusula penal de manera incorrecta en tanto soslayó el porcentaje realmente ejecutado por los contratistas de obra.
31. Bajo estos derroteros, la Sala deberá resolver lo siguiente: (i) A diferencia de lo considerado por el Tribunal, ¿Acuavalle no estaba contractualmente habilitada para reanudar el plazo de un contrato que ya había fenecido? (ii) ¿El *a quo* debió encontrar demostrado que el informe invocado por la demandada en las Resoluciones 152 y 289 de 2012 condujo a la desafortunada o inadecuada motivación de la declaración de incumplimiento y de siniestros? (iii) ¿El fallo

¹⁵ Índice SAMAI segunda instancia núm. 29.

¹⁶ Ibid. núm. 39.

¹⁷ Rotulado bajo el expediente 44001233300220130013500 (67528).



debió declarar que la Empresa incumplió el contrato por apartarse del trámite previsto para liquidar unilateralmente el contrato, sin conceder espacio a la aseguradora para defender su posición como garante del cumplimiento de lo pactado? (iv) ¿La decisión apelada se equivocó al desestimar la vulneración al debido proceso de Colpatria por no haber sido convocada antes de que la demandada expidiera sus resoluciones? (v) ¿La sentencia soslayó que la cláusula penal hecha efectiva en los actos contractuales es desproporcionada en relación con los trabajos confeccionados?

32. Ahora, para solucionar los interrogantes abocados por esta Subsección, deberán exhibirse los términos del contrato de obra y diseño, por tratarse del negocio amparado por el seguro de cumplimiento expedido por la actora. Asimismo, es necesario exponer lo que fue demostrado en el proceso acerca de los términos de la póliza expedida por la actora, lo acontecido durante la ejecución de lo pactado (incluyendo la cesión a la UT), y las actuaciones previas a las Resoluciones que expidió la demandada. Luego de ello, será del caso precisar el régimen jurídico sustancial aplicable al acuerdo de voluntades celebrado entre Acuavalle y SSIC partiendo del análisis del convenio interadministrativo que desarrolla y, de contera, a los actos de la demandada. A continuación, se resolverán los problemas planteados, y será definido lo que concierna a las costas procesales.

Naturaleza jurídica del contrato y de las Resoluciones 152 y 289 de 2012

33. El 2 de septiembre de 2008, Acuavalle y SSIC celebraron el contrato de obra 141-2008¹⁸, con el objeto de ejecutar, *“a precios unitarios fijos sin reajuste [...] todas las actividades, obras y trabajos necesarios para la CONSTRUCCIÓN (INCLUIDO DISEÑO) DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO CORREGIMIENTO LOS PONDORES MUNICIPIO DE SAN JUAN DEL CESAR”*. Conforme al párrafo de su cláusula quinta, la vigencia del acuerdo de voluntades estaba sujeta *“a la duración y/o terminación por cualquier causa, del convenio interadministrativo suscrito entre ACUAVALLE S.A. y CORPOGUAJIRA”*.

34. Así mismo, en los términos de referencia de la solicitud privada de ofertas número G-006-2008 – que llevó a la suscripción del contrato de obra 141 de 2008- dentro de la información a los proponentes, Acuavalle indicó que suscribió con Corpoguajira un convenio interadministrativo - 0008 del 20 de junio de 2008- cuyo objeto era aunar esfuerzos técnicos y financieros para los diseños, construcción o mejoramiento del sistema de abastecimiento de agua potable y de recolección, transporte, tratamiento y disposición general de aguas residuales en distintos municipios del departamento de La Guajira. En ese sentido, el contrato a celebrar tendría por propósito la construcción y diseños del sistema de acueducto y alcantarillado del corregimiento Los Pondoires en el municipio de San Juan de Cesar, en cumplimiento de las obligaciones adquiridas con la Corporación¹⁹.

¹⁸ Índice SAMAI segunda instancia núm. 2. Archivo *“3_ED_20130013400CUADE(.pdf)”*, f. 286-297.

¹⁹ Ibid. Archivo *“11_ED_CUADERNOPR_20130013400CUAD(.pdf)”*, f.441-475.



35. El convenio²⁰ 0008 del 20 de junio de 2008, se pactó con el propósito de aunar esfuerzos técnicos y financieros para diseñar y construir la infraestructura en varios corregimientos, dentro de los cuales se mencionó a Los Pondores²¹. Estableció que Corpoguajira desembolsaría a Acuavalle la suma de quince mil millones de pesos (\$ 15.000'000.000) para financiar diversos trabajos en el marco de proyectos de diseño y mejoramiento de múltiples zonas urbanas en el departamento de la Guajira. De acuerdo con los considerandos de este instrumento, lo convenido estaría regido “*por lo establecido en la Ley 99 de 1993, Ley 489 de 1998, y en lo no reglamentado por las disposiciones anteriores en la ley 80 de 1993, ley 1150 de 2007, y demás normas concordantes*”, empero, no se estipuló ninguna regla respecto de los eventuales contratos a celebrar por Acuavalle, ni se identifica disposición que determine la aplicación del EGCAP.
36. No obstante lo anterior, aun cuando las partes guardaron silencio sobre acerca de la aplicabilidad de estas normas, y el Tribunal se limitó a afirmar la sumisión de los actos al Estatuto, la Subsección estima que la identificación del régimen legal que orienta al contrato de obra asegurado por la actora impone la remisión a lo dispuesto para las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios que actúan como ejecutoras de esta clase de trabajos.
37. Según el certificado de existencia y representación de Acuavalle²², esta ostenta la naturaleza jurídica de empresa de servicios públicos domiciliarios, de carácter oficial²³, constituida como sociedad anónima por acciones entre entidades públicas. De acuerdo con los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994, y ha ratificado el pleno de esta Sección²⁴, los actos y contratos de esta clase de entes en principio se rigen por el derecho privado, salvo que el ordenamiento jurídico disponga otra cosa.
38. En ese sentido, es relevante señalar que el artículo 91 de la Ley 1151 de 2007²⁵, en el cual se dispone que los recursos aportados por las Corporaciones

²⁰ Ibid. F. 478-484.

²¹ De acuerdo con la cláusula primera del convenio, el objeto consistió en “*AUNAR ESFUERZOS TÉCNICOS Y FINANCIEROS PARA LOS DISEÑOS, CONSTRUCCIÓN Y/O MEJORAMIENTO DE SISTEMA DE ABASTECIMIENTO DE AGUA POTABLE Y SISTEMA DE RECOLECCIÓN, TRANSPORTE, TRATAMIENTO Y DISPOSICIÓN GENERAL DE AGUAS RESIDUALES EN LOS CORREGIMIENTOS DE SANTA ROSA DE PULGAR, LA DUDA, LOS HORNITOS MUNICIPIO DE DISTRACCIÓN; LOS PONDOROS, CAÑAVERALES, LOS POZOS, EL TABLAZO CORRAL DE PIEDRA, EL TOTUMO, LA JUNTA, GUAYACANAL, VILLA DEL RÍO MUNICIPIO DE SAN JUAN DEL CÉSAR; SAN PEDRO, CARRETALITO, PONZO HONDO, PAPAYAL, OREGANAL MUNICIPIO DE BARRANCAS, MAYABANGLOMA, MUNICIPIO DE FONSECA, CARRAPIA PARAGUACHON MAJAYURA, MUNICIPIO DE MAICAO, de acuerdo al anexo técnico, y al anexo de precios de ítem los cuales forman parte integral del presente convenio.*” (Extracto textual, con posibles errores e imprecisiones).

²² Ibid. núm. 2. Archivo “3_ED_20130013400CUADE(.pdf)”, f. 117-130

²³ Ley 142 de 1994: “**14.5. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS OFICIAL.** Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes”.

²⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Sala Plena. Sentencia del 9 de mayo de 2024. Rad. 76001233100020060332003 (53.962). C.P. José Roberto Sáchica Méndez.

²⁵ “**ARTÍCULO 91.** Planes Departamentales para el Manejo Empresarial de los Servicios de Agua y Saneamiento. Los recursos que aporte el Gobierno Nacional a la ejecución de los planes departamentales para el manejo empresarial de los servicios de agua y saneamiento estarán



Autónomas Regionales con el propósito de realizar proyectos en materia de agua y saneamiento básico están comprendidos en el marco de los Planes Departamentales (PDA) previsto para dichos servicios²⁶, no resulta aplicable al contrato de obra celebrado entre Acuavalle²⁷ y SSIC (cedido posteriormente a la UT). Ello es así no solo porque no hay prueba de que las partes del contrato o del convenio hayan procedido bajo la estructuración dispuesta por esa normativa, sino también porque el decreto²⁸ que sometía los negocios adelantados por las empresas de servicios públicos domiciliarios al EGCAP, no se encontraba vigente para la fecha del contrato²⁹.

39. Por lo tanto, la Sala estima que si bien las denominadas “Resoluciones” expedidas por la demandada fueron sido entendidas por la decisión apelada y las partes del proceso como actos administrativos, el ordenamiento jurídico y la postura unificada de esta Sección³⁰ conciben que las manifestaciones de voluntad de la demandada, especialmente las desarrolladas en el marco de un contrato, tienen connotaciones y efectos homólogos a aquellos que se desarrollan en el tráfico comercial de los particulares, siguiendo lo establecido por los Códigos Civil y de Comercio, empero, con el distintivo de estar orientadas

*condicionados al compromiso por parte de las entidades territoriales, de los recursos del Sistema General de Participaciones y de regalías, así como de los compromisos de transformación empresarial que se deriven del diagnóstico institucional respectivo. // El Gobierno Nacional señalará la metodología para definir el nivel de compromisos a que se refiere el inciso anterior. // Los recursos de apoyo de la Nación al sector y los que aporten las Corporaciones Autónomas Regionales, se ejecutarán en el marco de los planes a que se refiere el presente artículo. // **PARÁGRAFO.** Las empresas de servicios públicos domiciliarios podrán ejecutar los proyectos del sector de agua potable y saneamiento básico en cumplimiento y/o desarrollo de los planes de que trata el presente artículo, indistintamente de las fuentes de financiación de los mismos.” (Subraya la Sala).*

²⁶ El Documento CONPES 3463 del 12 de marzo de 2007 definió estos planes como “*la estrategia del Estado para acelerar el crecimiento de las coberturas y mejorar la calidad de los servicios, al facilitar el cumplimiento de los siguientes lineamientos de política: (i) efectiva coordinación interinstitucional al interior de cada nivel y entre diferentes niveles de gobierno, (ii) acelerar el proceso de modernización empresarial del sector en todo el territorio nacional, (iii) aprovechar economías de escala mediante la estructuración de esquemas regionales de prestación, (iv) articular las diferentes fuentes de recursos y facilitar el acceso del sector a crédito; (v) ejercer un mejor control sobre los recursos y el cumplimiento de la regulación, y (vi) contar con planes de inversión integrales con perspectiva regional, de corto, mediano y largo plazo*”. Cfr. Decreto 3200 de 2008, artículo 1.

²⁷ Cabría destacar que, de haber sido ese el caso, la Empresa operaría como entidad gestora del PDA, como una estructura operativa encargada de “*la gestión, implementación y seguimiento a la ejecución del PDA*”, y dentro de sus funciones se encuentra el adelantamiento de “*procesos de contratación con cargo a los recursos del PDA*”, siguiendo lo regulado en el artículo 7 del Decreto 3200 de 2008. La misma normativa indicaba que este rol podía ser asumido por una “*empresa de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo*”. (Artículos 4 y 12, *ejusdem*).

²⁸ De acuerdo con el artículo 1 del Decreto 4548 de 2009: “*Los procesos de contratación que se adelanten por el Gestor, en cumplimiento de las funciones asignadas por el artículo 12 del Decreto 3200 de 2008, se rigen por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en desarrollo de lo previsto en el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007. Lo anterior, sin perjuicio del cumplimiento de las demás disposiciones previstas en el mencionado decreto.*” Hasta el momento, el reglamento mencionado no ha sido suspendido ni anulado.

²⁹ Conforme al inciso primero del artículo 38 de la Ley 153 de 1887: “*En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración*”. El contrato fue celebrado el 2 de septiembre de 2008 y el Decreto 4548 de 2009 fue publicado en el Diario Oficial 47.543 del 24 de noviembre de 2009.

³⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Sala Plena. Sentencia del 9 de mayo de 2024. Rad. 76001-23-31-000-2006-03320-03 (53962). C.P. José Roberto SÁCHICA Méndez.



por los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, y sometidas a las inhabilidades e incompatibilidades incluidas en el EGCAP³¹.

40. Esta dirección interpretativa de la demanda, que no implica quebrantar el principio de congruencia ni el debido proceso³², hace necesario reconducir la *litis* para fallar el asunto de fondo, y así indicar que no resulta sustancialmente pertinente analizar la pretensión anulatoria de las determinaciones adoptadas, al suponerse realizada sobre actuaciones jurídicas contractuales conducidas por preceptos civiles y mercantiles que no requieren de esa declaración, ni de la comprobación de vicios propios del enjuiciamiento de los actos administrativos, sino que, de ser el caso, correspondería dejar sin vigor esos actos contractuales para que se abran paso los pedimentos planteados como consecuenciales.

El acuerdo de voluntades amparado por Colpatria, y sus otros íes³³

41. El contrato de obra 141-2008 celebrado en la fecha, con el objeto y la sujeción a la vigencia del convenio entre Acuavalle y Corpoguajira, como se mencionó anteriormente³⁴, fue suscrito por un valor de tres mil millones quinientos ochenta mil setecientos cuarenta pesos (\$ 3.000'580.740,00)³⁵, y un plazo inicialmente estipulado de seis (6) meses contados a partir de la suscripción del acta de inicio³⁶, el cual podía ser prorrogado por la Empresa³⁷.

³¹ Cfr. Ley 1150 de 2007 – Artículo 13.

³² En asuntos análogos, esta Subsección ha resaltado que dicho entendimiento no altera estas máximas del proceso judicial *“toda vez que, pese a la improcedencia de analizar las resoluciones a las que se refieren las pretensiones primera y segunda de la demanda como si se tratara de verdaderos actos administrativos, ello no impide que se analicen según su verdadera naturaleza y alcance, esto es, como actos jurídicos expedidos en el marco del contrato en el que se sustentó la acción de controversias contractuales que instauró la Aseguradora [...]”*. Agregando que, *“al hacerlo no se varía el marco del litigio que se fijó desde el inicio del proceso, pues la causa petendi sigue siendo la misma, la falta de facultades de la demandada para declarar la ocurrencia del siniestro y hacerlo exigible ante la Aseguradora sin seguir el procedimiento previsto el Código de Comercio, lo que se traduce en el alegado incumplimiento de las cargas que le eran exigibles para cobrar ante la Aseguradora el valor correspondiente al siniestro que amparó a través de la póliza [...] así como la alegada desproporcionalidad del monto correspondiente a perjuicios [...] al tiempo que se mantiene el objeto de la demanda, esto es, definir si, como consecuencia de lo anterior, la demandante estaba o no obligada al pago de lo declarado [...] en las Resoluciones [...] y, consecuencialmente, a determinar si se debe restituir a la Aseguradora lo que hubiere pagado con ocasión de tales actos”*. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección A. Sentencia del 24 de septiembre de 2020. Rad. 05001-23-31-000-2003-00985-01(44707). C.P. José Roberto Sáchica Méndez.

³³ Todas las citas del contrato corresponden a su original, incluyendo las negrillas y posibles errores e imprecisiones.

³⁴ Supra. Párr. 31 de esta decisión.

³⁵ De acuerdo con la cláusula octava, el precio estimado del contrato estaba dividido entre lo correspondiente a diseños (\$271.134.022,00), y lo referido a las obras (\$2.729.446.718,00).

³⁶ Discriminados entre un (1) mes destinado a la etapa de diseño, incluyendo la aprobación de este y el trámite de licencias y permisos, y cinco (5) meses para la ejecución de la obra.

³⁷ **“CLÁUSULA SEXTA: PRÓRROGA DEL PLAZO DE EJECUCIÓN.** ACUAVALLE S.A. E.S.P. podrá ampliar el plazo para la ejecución de las obras y actividades materia del presente contrato, una vez emitido y estudiado el concepto del Interventor y Aprobado mediante Visto Bueno del Subgerente Técnico, ante la solicitud justificada presentada por EL CONTRATISTA con cinco (5) días calendario de anticipación a la fecha de vencimiento del plazo inicial del contrato, acompañado de la respectiva reprogramación de obra con su valoración mensual, por las siguientes causas: a) Por cambios en los proyectos y especificaciones previamente aprobadas por ACUAVALLE S.A. E.S.P., que puedan causar demora en el desarrollo de las obras; b) Por aumento de las cantidades de obra previstas en el presente contrato o la ejecución de obras adicionales que se convengan; c) Por motivo de fuerza mayor o caso fortuito; d) Otros que ACUAVALLE S.A. E.S.P. considere



42. Originalmente, el negocio jurídico dispuso un anticipo “para la ejecución del contrato” equivalente “al valor total del contrato del CINCUENTA POR CIENTO (50%)”, correspondiente a la suma de “MIL QUINIENTOS MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA MIL TRESCIENTOS SETENTA PESOS MCTE. (\$1.500.290.370,00)”, que la Empresa se comprometió a desembolsar a SSIC, previa presentación y aprobación, entre otros insumos, de la “Garantía contractual donde se amparen los diferentes riesgos aquí exigidos”.
43. Seguidamente, en el listado de obligaciones del contratista³⁸, constó que este debía “[c]onstituir las garantías o pólizas de seguros identificadas”. En la cláusula vigésima sexta, se amplió lo estipulado en la materia, así:

“CLÁUSULA VIGÉSIMA SEXTA: GARANTÍA. EL CONTRATISTA deberá presentar a favor de ACUAVALLE S.A. E.S.P. garantía única que avalará el cumplimiento de todas las obligaciones surgidas del contrato y la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado, consistente en una póliza expedida por una compañía de seguros legalmente autorizada para funcionar en Colombia o en una garantía bancaria, la cual se mantendrá vigente durante la vida del contrato hasta su liquidación y la prolongación de sus efectos y se ajustará a los límites, existencia y extensión del riesgo amparado. Los riesgos amparados consistirán en: **26.1. CUMPLIMIENTO** de todas las obligaciones del contrato, cuya cuantía asegurada será del veinte por ciento (20%) del valor total del contrato y por un término igual al plazo pactado en el contrato y cuatro (4) meses más; **26.2. MANEJO Y BUENA INVERSIÓN DEL ANTICIPO**, por el cien por ciento (100%) del valor del mismo y por el término de duración del contrato y cuatro (4) meses más; **26.3. PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES E INDEMNIZACIONES** del personal contratado por el CONTRATISTA para la ejecución del contrato, por el diez por ciento (10%) del valor del contrato y por el término de duración del contrato y tres (3) años más; **26.4. RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL**, por el valor del contrato y el veinticinco por ciento (25%) del valor del contrato y por el término de duración del mismo y dos (2) años más; a través de una póliza autónoma o póliza anexa. **26.5. ESTABILIDAD DE LA OBRA**, por el treinta por ciento (30%) del valor final de la obra y por el término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de recibo definitivo de la obra. **26.6. CALIDAD DE LOS DISEÑOS**, por el 20% del valor del contrato y por el término de cinco (5) años contados a partir de la duración del contrato y un (1) año más. **PARÁGRAFO I:** En el evento de concederse prórrogas en el plazo de ejecución de la obra materia de ese contrato o celebrarse contratos adicionales, se procederá así: **a)** Si es prórroga del plazo, se prorrogará la vigencia de la póliza única en los correspondientes riesgos amparados, teniendo el contratista el plazo fijado por ACUAVALLE S.A. E.S.P. para presentar dicha prórroga o extensión de la garantía; **b)** Si es aumento del valor del contrato aumentará el valor asegurado de los riesgos amparados en la garantía única otorgada, en igual proporción y tendrá el plazo fijado por ACUAVALLE S.A. E.S.P. para presentar dichas modificaciones [...] **PARÁGRAFO IV:** En el evento de que por cualquier motivo ACUAVALLE S.A. E.S.P. haga efectiva la garantía constituida,

suficientes para conceder la prórroga aprobadas por el Subgerente Técnico, previa evaluación del Interventor. Vencido este término cualquier solicitud que se presente quedará sin ningún valor. **PARAGRAFO I:** Habrá prórroga del plazo estipulado por causas de orden meteorológico, solo cuando éstas pongan en peligro la calidad o estabilidad de las obras, o exista la posibilidad de daños a bienes de ACUAVALLE S.A. E.S.P. o bienes de terceros. **PARÁGRAFO II:** El plazo se solamente podrá ser modificado por causas no atribuibles al CONTRATISTA calificadas como tales por ACUAVALLE S.A. E.S.P. **PARÁGRAFO III:** Para las modificaciones relacionadas exclusivamente con el plazo se levantará un acta la cual deberá ser suscrita por EL CONTRATISTA y el Interventor con el Visto Bueno del Subgerente Técnico, en el cual se consignarán las causas que la originaron.” (Transcripción textual del contrato, con negrillas originales y posibles errores).

³⁸ Cláusula décima primera.



el CONTRATISTA se compromete a constituir nueva garantía en la proporción, por el término pertinente y amparando el riesgo correspondiente”.

44. Las partes acordaron una cláusula penal del 20% del valor del contrato, en la que previeron que, en caso de incumplimiento de las obligaciones previstas en este, Acuavalle podía hacerla efectiva mediante el cobro del seguro de cumplimiento³⁹. Adicionalmente, en la estipulación trigésima⁴⁰, se previó que lo anterior se realizaría mediante resolución motivada, la cual debía ser notificada a la aseguradora.
45. Más adelante, quedó plasmada la posibilidad de suspender el término de ejecución contractual, por circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito o de común acuerdo entre las partes⁴¹.
46. En la cláusula trigésima sexta del documento, consta que el negocio se consideraría vigente *“una vez perfeccionado y hasta el momento de su liquidación definitiva, la cual deberá hacerse mediante acta”*. Se agregó que *“[i]ndependientemente del acta de liquidación, deberá elaborarse un acta de recibo definitivo de las obras en la cual deberá destacarse todos los eventos que por su importancia merezcan ser tenidos en cuenta”*.
47. De acuerdo con la cláusula trigésima séptima, al negocio se entendían incorporadas *“las disposiciones del Código Civil y/o del Comercio [sic] que le sean concordantes [...] a las cuales se somete íntegramente el CONTRATISTA”*⁴²
48. En cuanto a la liquidación contractual, el acuerdo de voluntades previó que las partes, suscribirían un acta en la que dejarían constancia del recibo a

³⁹ **CLÁUSULA VIGÉSIMA OCTAVA: CLÁUSULA PENAL.** En caso de incumplimiento de las obligaciones contractuales, el CONTRATISTA conviene en pactar como sanción pecuniaria, el equivalente al veinte por ciento (20%) del valor del contrato, que deberá pagar a ACUAVALLE S.A. E.S.P. Suma que ACUAVALLE S.A. E.S.P. hará efectiva mediante el cobro de la garantía de cumplimiento o, a su elección, de los saldos que adeude al CONTRATISTA, si los hubiere, para lo cual se entiende expresamente autorizado con la suscripción del contrato. La aplicación de la cláusula penal no excluye la indemnización de perjuicios que excedan el monto cubierto por esta cláusula. ACUAVALLE S.A. E.S.P. hará efectiva esta sanción mediante resolución motivada, previa garantía del debido proceso para EL CONTRATISTA”.

⁴⁰ **CLÁUSULA TRIGÉSIMA: APLICACIÓN DE SANCIONES.** En el evento en que ACUAVALLE S.A. E.S.P. considere necesario hacer efectiva la Cláusula Penal pecuniaria o la garantía única, lo hará el Gerente, mediante Resolución motivada que se notificará personalmente el CONTRATISTA o a su Apoderado, contra dicha Resolución procede el Recurso de Reposición. **PARÁGRAFO:** Cuando se trate de hacer efectiva la garantía única, el acto administrativo se notificará también al garante del CONTRATO, su representante o su Apoderado”.

⁴¹ **CLÁUSULA TRIGÉSIMA PRIMERA: SUSPENSIÓN DEL CONTRATO.** Por circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito o de común acuerdo entre las partes, se podrá suspender temporalmente la ejecución del contrato mediante la suscripción de un Acta donde conste tal evento, sin que para los efectos del plazo extintivo se compute el tiempo de suspensión. En este evento se comunicará por parte del INTERVENTOR a la Compañía Aseguradora el término de la suspensión”.

⁴² Agregado a lo anterior, los términos de referencia de la solicitud privada de ofertas (en: En: índice SAMAI segunda instancia, núm. 2. archivo “11_ED_CUADERNOPR_20130013400CUAD(.pdf)”, f. 447) expusieron (numeral 1.9.) que, tanto el procedimiento de selección como *“el contrato que de él se derive, su ejecución y liquidación están sujetos a las normas del derecho privado, en especial las consagradas en los códigos civil y de comercio y además por el Acuerdo No. 003 de 2008”*. No obstante, las previsiones de ese último cuerpo normativo no son tenidas en cuenta en este asunto, toda vez que no fue aportado al plenario, ni es posible actualmente su consulta por vía electrónica en la página web de Acuavalle.



satisfacción de las obras y la certificación de paz y salvo por todo concepto por parte de Acuavalle a favor del contratista por todo concepto⁴³.

49. El 2 de octubre de 2008, Acuavalle y SSIC modificaron⁴⁴ la cláusula décima del contrato de obra, atinente al anticipo. Allí estipularon un monto distinto, en “*un porcentaje equivalente al valor total del contrato del TREINTA Y DOS POR CIENTO (32%), el cual corresponde a la suma de NOVECIENTOS SESENTA MILLONES CIENTO OCHENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y SIETE PESOS MCTE. (\$960.185.837,00)*”.

Póliza de seguro expedida por la aseguradora

50. Mediante póliza⁴⁵ 8004020488 del 3 de septiembre de 2008, Colpatria garantizó “*EL PAGO DE LOS PERJUICIOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES A CARGO DEL AFIANZADO ORIGINADOS EN VIRTUD DEL CONTRATO DE OBRA No. 141-2008 [...]*” amparando los riesgos de cumplimiento (por un valor asegurado de \$600'116.148), buen manejo y correcta inversión del anticipo (en una suma de \$1.500'290.370), pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, estabilidad y calidad de la obra y calidad y correcto funcionamiento de los bienes y equipos. A pesar de que las denominadas “*CONDICIONES GENERALES [...] Y PARTICULARES*” formaban parte del seguro, estas no fueron aportadas al expediente.

51. Con ocasión del otrosí que varió el monto del anticipo, y del “*ACUERDO DE CESIÓN DE CONTRATO*”⁴⁶ suscrito entre SSIC y la UT, la demandante modificó las vigencias y valores amparados por la garantía⁴⁷ así:

| AMPAROS CONTRATADOS | VALOR ASEGURADO | Vig. Desde | Vig. Hasta |
|--|-----------------|------------|------------|
| CUMPLIMIENTO | 600,116,148.00 | 03/09/2008 | 28/04/2012 |
| BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO | 960,185,837.00 | 03/09/2008 | 28/04/2012 |
| PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES E INDEMNIZACIONE [sic] | 300,058,074.00 | 03/09/2008 | 28/12/2013 |
| ESTABILIDAD DE LA OBRA Y CALIDAD DE LA OBRA | 900,174,222.00 | 03/07/2009 | 03/07/2014 |
| CALIDAD Y CORRECTO FUNCIONAMIENTO DE LOS BIENES Y EQUIP [sic] | 54,226,804.00 | 03/09/2008 | 28/12/2011 |

⁴³ “**CLÁUSULA TRIGÉSIMA OCTAVA: LIQUIDACIÓN.** A la terminación del presente Contrato, las partes, suscribirán un Acta en la cual conste detalladamente la liquidación definitiva del presente Contrato, la constancia de recibo a satisfacción de las obras y certificación por parte de ACUAVALLE S.A. E.S.P. de Paz y Salvo a favor del contratista por todo concepto. **PARAGRAFO:** Terminado este Contrato por cualquier motivo, deberá liquidarse teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la terminación del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación del mismo”.

⁴⁴ Otrosí en: Índice SAMAI segunda instancia núm. 2. Archivo 4_ED_20130013400CUADER(.pdf), f. 14-16.

⁴⁵ Índice SAMAI segunda instancia núm. 2. Archivo “3_ED_20130013400CUADE(.pdf)”, f. 57.

⁴⁶ Ibid. f. 302-304.

⁴⁷ Ibid. 298-299.



Etapa de ejecución del negocio jurídico y posterior cesión⁴⁸

52. El 10 de octubre de 2008, las partes del contrato 141-2008 firmaron el acta de inicio⁴⁹ de los trabajos. Más adelante, suspendieron el plazo en estas ocasiones:

| # | Motivos | Fecha | Reanudación |
|---|---|---------------------------------------|-------------------------------------|
| 1 | - La <i>“falta de colaboración”</i> de la empresa de acueducto y alcantarillado <i>“AGUAS DEL SUR”</i> y de la Alcaldía Municipal para apoyar en la identificación de falencias del sistema actual y las estructuras faltantes para terminar los diseños definitivos. - Falta de seguridad en la zona de los trabajos. | 10 de diciembre de 2008 ⁵⁰ | 27 de marzo de 2009 ⁵¹ |
| 2 | - Corpoguajira no había autorizado la ejecución de las obras hasta tanto no revise, apruebe y viabilice los diseños presentados. | 27 de marzo de 2009 ⁵² | 26 de junio de 2009 ⁵³ |
| 3 | - La firma interventora contratada por Corpoguajira no había expedido su concepto favorable sobre los diseños presentados, por lo que no había dado visto bueno para el inicio de la construcción. | 26 de junio de 2009 ⁵⁴ | 30 de octubre de 2009 ⁵⁵ |

53. El 7 de enero de 2010, Acuavalle requirió y solicitó explicaciones⁵⁶ a SSIC por *“incumplimiento”*, indicando que *“desde la aprobación de los diseños de la interventoría del Convenio No. 008 de 2008 [...] en repetidas oportunidades, a través de oficios, correos electrónicos y comunicaciones telefónicas, se les ha solicitado el inicio inmediato de las obras objeto del contrato [...], sin obtener respuesta positiva al respecto y sin mediar razón alguna para no hacerlo, trayendo como consecuencia retraso en la ejecución de las obras desde el 30 de Octubre de 2009”*.

54. Mediante oficio⁵⁷ del 15 de febrero de 2010, la directora jurídica de la Empresa informó a la aseguradora que *“el contratista ha venido incumpliendo sistemáticamente sus obligaciones contractuales”* y, en consecuencia, anunciaron que empezarán los *“procedimientos administrativos tendientes a la imposición de sanciones contractuales y legales a que haya lugar”*. Si bien este instrumento mencionó que, para *“obtener una información detallada”* sobre esta circunstancia, Colpatria debía comunicarse con la dependencia correspondiente, también consideró *“pertinente indicar que el contratista no ha iniciado la ejecución de las obras contratadas ni ha informado satisfactoriamente sobre la inversión del anticipo entregado, entre otras”*.

⁴⁸ Los extractos de los documentos citados en este acápite son citados en su versión original, con negrillas y posibles errores e imprecisiones.

⁴⁹ Ibid. f. 275.

⁵⁰ Ibid. f. 276-277.

⁵¹ Ibid. f. 278.

⁵² Ibid. f. 279-280.

⁵³ Ibid. f. 281.

⁵⁴ Ibid. f. 282-283.

⁵⁵ Ibid. f. 284.

⁵⁶ Oficio DIRCCG-003-10 del 7 de enero de 2010, en: Índice SAMAI núm. 2, archivo *“11_ED_CUADERNOPR_20130013400CUAD(.pdf)”*, f. 23.

⁵⁷ Índice SAMAI segunda instancia núm. 2. Archivo *“3_ED_20130013400CUADE(.pdf)”*, f. 67.



55. El 1° de marzo de 2010, las partes suspendieron el término de ejecución por cuarta vez⁵⁸, con el siguiente fundamento:

“Ante el incumplimiento presentado por parte del contratista en relación con el normal desarrollo del contrato, ACUAVALLE S.A. E.S.P., adelanta la gestión en conjunto con el contratista de la cesión del mismo, lo que obliga a ACUAVALLE SA ESP a suspender las labores hasta tanto no se materialice este acto”.

56. Según el “ACTA DE REUNIÓN EXTERNA” del 8 de marzo de 2010, consta que en “las instalaciones” de Colpatria, representantes de SSIC, de Acuavalle y de la propia aseguradora, trataron estos puntos:

“1. Se comunica el resultado de la reunión del pasado mes de Febrero, en la ciudad de Riohacha, con la participación de Interventoría Acuavalle, Corpoguajira, seguros Colpatria. En donde se puso de manifiesto el presunto incumplimiento por parte del contratista

2. Esta aseguradora solicita a los contratistas soportar la correcta inversión y manejo del anticipo, y las pruebas de la disponibilidad de los materiales que argumenta haber adquirido para la ejecución de las obras. Compromiso aceptado por el contratista para el día de hoy a las 4 PM

3. Se manifiesta por Acuavalle que los anticipos entregados son de 959.855.00.00 pesos para el contrato 142 y la suma de 947.259.034.00 pesos para el contrato 141, correspondiente al 32% del valor de las obras

4. Se propone por parte del contratista la cesión del contrato y aceptan el cesionario propuesto por Acuavalle.

5. Como amortización del anticipo recibido se plantea por partes de los contratistas el cubrimiento de la suma con lo correspondiente a estudios y diseños, y materiales de construcción adquiridos por los contratistas puestos en el lugar de las obras.

6. Acuavalle manifiesta estar de acuerdo con la cesión del contrato para lo cual presenta al contratista: Y solicita que la póliza sea expedida por seguros Colpatria en las condiciones pactadas en el contrato inicial.

7. Se verificarán y avalarán por parte de Acuavalle los estudios y diseños, cuyo valor hará parte de la amortización al anticipo.

8. Esta aseguradora solicita a Acuavalle definir lo relacionado con los estudios y diseños para que sean avalados por la entidad y sean acogidos sin observaciones por el contratista cesionario con el fin de desarrollar el proceso de ejecución de las obras sin inconvenientes.

9. Acuavalle solicita verificar la existencia y disponibilidad de los materiales disponibles para las obras, para tal fin el contratista manifiesta su disponibilidad y acordará cita con la entidad para llevar a cabo este requerimiento.

10. Finalmente se firma por las partes actas de suspensión de los contratos relacionados”.

57. De acuerdo con el documento que plasmó la cesión del contrato de obra⁵⁹ del 29 de abril de 2010, suscrito por el gerente de Acuavalle (contratante), SSIC

⁵⁸ Ibid. f. 313-314. Fue reanudado el 29 de abril de 2010, según consta en la correspondiente acta (Ibid. f. 315)

⁵⁹ Ibid. f. 302-306.



(cedente) y la UT (cesionaria)⁶⁰, el contratista primigenio de obra había incumplido con sus obligaciones⁶¹. En este instrumento, (i) fueron referidos los acuerdos entre las partes y la aseguradora para *“soportar debidamente la correcta inversión y manejo del anticipo y las pruebas de disponibilidad de los materiales que ha adquirido, por valor de \$947.259.034”*, y ceder el contrato; (ii) se enlistaron los *“soportes de la inversión del anticipo”*, consistentes en tres facturas de venta⁶² que arrojaron una suma de *“Mil Un Millones Seiscientos Noventa y Dos Mil Setecientos Noventa y Siete Pesos (\$1.001.692.797.00), suma que supera el anticipo entregado”*; (iii) quedó plasmado que los materiales adquiridos por SSIC serían entregados a la UT en el sitio de ejecución de la obra; y, (iv) el cesionario contrajo la obligación de tramitar ante *“la compañía de seguros el cambio de tomador de las garantías que amparan los diferentes riesgos que benefician a ACUAVALLE”*.

58. El 29 de abril de 2010, la Empresa y la UT: (i) reiniciaron la ejecución del contrato de obra mediante acta⁶³, en la que se precisó que la *“fecha definida para terminación de Obra [...] es AGOSTO 28 de 2010 [sic]”*; (ii) suscribieron un otrosí⁶⁴ al contrato de obra, con el objeto de ampliar el plazo de ejecución *“hasta por cuatro meses, contados a partir del vencimiento inicial”*.

59. El 18 de mayo de 2010, las partes suspendieron el plazo contractual por quinta vez⁶⁵, con fundamento en que de *“acuerdo al acta de comité interinstitucional de Febrero 18 de 2010 No. 034”*, la interventoría del convenio suscrito con Corpoguajira no autorizó el inicio de obras *“hasta no tener la viabilización (sic) de los diseños”* presentados por Acuavalle, y que fueron objeto de revisiones y

⁶⁰ Conformada por Proaguas Cooperativa de Trabajo Asociado y Obras Maquinaria y Equipos Tres A Ltda., según el documento de conformación. En: índice SAMAI núm. 2, archivo *“11_ED_CUADERNOPR_20130013400CUAD(.pdf)”*, f. 87-90.

⁶¹ Declaración efectuada en estos términos: *“Que el contratista ha venido incumpliendo con las obligaciones derivadas del contrato de obra suscrito con ACUAVALLE S.A. E.S.P, razón por la que a través de varios requerimientos hechos con copia a la compañía de Seguros Colpatria S.A. garante del contratista, se ha solicitado el soporte de la inversión del anticipo y la información sobre la no ejecución de las obras.”*

⁶² La cesión enlista los soportes así: *“FACTURA DE VENTA No. 0055337 del 18 de Junio de 2009 expedida por la firma P.V.C. GERFOR S.A. NIT 860.502.509-1, a favor de SUAREZ Y SILVA LTDA. INGENIEROS CONTRATISTAS, NIT 860.077.048-4, por valor de DOSCIENTOS TREINTA Y UN MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA MIL DOSCIENTOS CINCO PESOS (\$231.280.238.00) por concepto de 451 tubos de presión con campana de 12” RDE 21. // FACTURA DE VENTA No. 0055338 del 18 de Junio de 2009 expedida por la firma P.V.C. GERFOR S.A. NIT 860.502.509-1, a favor de SUAREZ Y SILVA LTDA. INGENIEROS CONTRATISTAS, NIT 860.077.048-4, por valor de CUATROCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS TREINTA Y SIETE PESOS (\$499.278.537.00) por concepto de 942 tubos de presión con campana de 12” RDE 21, 12 unión reparación con campana 12” y 33 codos gran radio 22.5° x12° // FACTURA DE VENTA No. 3 de marzo de 2009, expedido por la FUNDACIÓN CONSTRUIR identificada con NIT 805.027.665-5, por valor de DOSCIENTOS SETENTA Y UN MILLONES CIENTO TREINTA Y CUATRO MIL VEINTIDOS PESOS (\$271.134.022.00), correspondiente a la elaboración de diseños de las obras a ejecutar.”* Estos documentos reposan en el expediente (Índice SAMAI núm. 2, archivo *“11_ED_CUADERNOPR_20130013400CUAD(.pdf)”*, f. 77-80), no obstante, las facturas de PVC GERFOR S.A. son parcialmente ilegibles.

⁶³ Índice SAMAI segunda instancia núm. 2. Archivo *“3_ED_20130013400CUADE(.pdf)”*, f. 315.

⁶⁴ Ibid. archivo *“11_ED_CUADERNOPR_20130013400CUAD(.pdf)”* f. 75-76.

⁶⁵ Acta de suspensión núm. 5. En: Índice SAMAI segunda instancia núm. 2. Archivo *“3_ED_20130013400CUADE(.pdf)”*, f. 316-317.



observaciones cuya corrección le correspondía a la misma entidad que los allegó⁶⁶.

Las decisiones unilaterales de Acuavalle

60. Mediante oficio⁶⁷ del 29 de febrero de 2012, el gerente de la Empresa comunicó a Colpatria que, desde la última suspensión pactada del término de ejecución, éste no se había reanudado, “*ni los contratistas [sic] se han presentado a rendir informe de la inversión del anticipo por valor de \$960.185.837,00*”. Por ello, informó “*que se procederá a realizar terminación y la liquidación unilateral*”.

61. Por medio de la Resolución⁶⁸ número 152 del 27 de agosto de 2012, Acuavalle decidió, en lo pertinente, lo siguiente⁶⁹:

“ARTÍCULO PRIMERO: *Levántese de manera unilateral la suspensión suscrita de común acuerdo entre las partes y declárese el incumplimiento del contrato de Obra Nro. 141-2008 por parte de UNIÓN TEMPORAL PROAGUAS C.T.A. – O.M.E.3 A LTDA. por los motivos expuestos en la parte considerativa de esta Resolución.*

ARTÍCULO SEGUNDO: *Liquidar de manera unilateral el contrato de Obra Nro. 141-2008, suscrito el 2 de septiembre de 2008 entre ACUAVALLE S.A. E.S.P. y la firma SUAREZ Y SILVA LTDA- INGENIEROS CONTRATISTAS quien lo dio en cesión a la UNION TEMPORAL PROAGUAS C.T.A. – O.M.E.3 A LTDA [...] cuyo objeto es la Construcción (incluye diseño) de acueducto y alcantarillado corregimiento Los Pondores municipio de San Juan de Cesar”, por valor de tres mil millones quinientos ochenta mil setecientos cuarenta pesos mcte (\$3.000.580.740.00).*

ARTÍCULO TERCERO: *Declárese la ocurrencia de los siguientes siniestros amparados por el contratista mediante Póliza de Seguro de Cumplimiento a favor de Entidades Estatales Nro 8001020488 expedida por Seguros Colpatria S.A. el [...] 25 de mayo de 2010:*

RIESGO DE CUMPLIMIENTO: *Siniestro por valor de SEISCIENTOS MILLONES CIENTO DIECISIEIS MIL CIENTO CUARENTA Y OCHO PESOS (\$600.116.148,00).*

RIESGO DE ANTICIPO: *Siniestro por valor de SEISCIENTOS SETENTA Y CINCO MILLONES DOSCIENTOS VEINTICUATRO MIL TRESCIENTOS SESENTA Y DOS PESOS MCTE (\$675.224.362) equivalente a la diferencia existente entre el monto del anticipo pagado por ACUAVALLE S.A. E.S.P. al contratista y el avalúo de las obras civiles efectivamente realizadas por este.*

ARTICULO CUARTO: *Con base en el valor declarado como siniestro en el artículo anterior, hágase efectiva por MIL DOSCIENTOS SETENTA Y CINCO MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA MIL QUINIENTOS DIEZ PESOS MCTE.*

⁶⁶ Se transcribe textualmente, con posibles errores e imprecisiones, el contenido de ese documento: “De acuerdo al acta de comité interinstitucional de Febrero 18 de 2010 No 034 de Febrero 18 de 2010, donde la Interventoría del Convenio no autoriza el inicio de ninguna obra hasta no tener la viabilización de los diseños, diseños estos que han sido presentados por parte de ACUAVALLE SA ESP a la interventoría del convenio No 008 de 2008, los cuales han sido objeto de revisiones por parte de la misma, así mismo como de observaciones que deben ser corregidas por parte de ACUAVALLE S.A. E.S.P. // Hasta la fecha no se ha dado la viabilidad correspondiente a estos proyectos por lo que es necesario que se suspendan el inicio de las obras, hasta tanto se obtenga la respectiva viabilidad”.

⁶⁷ Índice SAMAI segunda instancia, núm. 2. Archivo “4_ED_20130013400CUADER(.pdf)”, f. 5-6.

⁶⁸ En: Índice SAMAI segunda instancia núm. 2. Archivo “3_ED_20130013400CUADE(.pdf)”, f. 76-86.

⁶⁹ Citado del original del documento, incluyendo equívocos ortográficos, imprecisiones numéricas y resaltados en negrilla.



(\$1.275.340.510), la póliza única de Seguro de cumplimiento a favor de Entidades Estatales Nro 8001020488 expedida por Seguros Colpatria S.A. el 25 de mayo de 2010 y exíjase a la compañía aseguradora el pago del valor declarado en calidad de siniestro.

ARTÍCULO QUINTO: *Hágase efectiva la pena pecuniaria pactada entre las partes en la Cláusula Vigésima Octava del Contrato de obra No. 141-2008 por valor de SEISCIENTOS MILLONES CIENTO DIECISÉIS MIL CIENTO CUARENTA Y OCHO PESOS MCTE. (\$600.116.148,00). [...]*

62. En el acto, luego de realizar un recuento de lo acontecido durante el término de ejecución, se refirió que el contrato formaba parte del grupo de negocios celebrados para dar cumplimiento al convenio 008 de 2008, suscrito entre la Empresa y Corpoguajira. En dicho acuerdo, según se relata textualmente⁷⁰, fue estipulado *“un plazo de ejecución de 16 meses contados a partir de la fecha de suscripción del acta de inicio, la cual fue el 19 de agosto de 2008, y posteriormente fue ampliado el término en 9 meses, quedando su plazo definitivo en 25 meses, venciendo el mismo el 18 de septiembre de 2010”*. Empero, señaló que la Corporación mencionada *“profirió la Resolución No. 01210 el 16 de junio de 2011”*, mediante la cual dio por terminado *“ipso jure”* el convenio 008 de 2008, en virtud del fenecimiento del período de ejecución; y declaró el incumplimiento de Acuavalle.

63. Seguidamente, en la motivación se aseguró que, para el 18 de septiembre de 2010, el contrato de obra *“se encontraba suspendido”*, y pese a la cesión del contrato a la UT, y la constitución de las pólizas, el contratista no reanudó sus actividades. En esa medida, afirmó que esta situación fue puesta en conocimiento de la aseguradora en oficios del 15 de febrero de 2010 y del 29 de febrero de 2012.

64. Al no obtener *“respuesta positiva del contratista sobre el reinicio de la ejecución de las obras o la devolución de los recursos entregados”*, obrando *“de conformidad con el principio general del derecho según el cual lo accesorio sigue la suerte de lo principal”*, la Empresa consideró que debía adoptar, de manera unilateral, las medidas de levantamiento de la suspensión, declaración de incumplimiento, liquidación, y efectividad de la cláusula penal pecuniaria y de la garantía única. Para sustentar el *“balance económico de la obra”*, el documento mencionó un informe presentado por funcionarios de Acuavalle que arrojaba los siguientes resultados:

| CONTRATO | MUNICIPIO | LOCALIDAD | SISTEMA | VR. CONTRATO | VR. A EJECUTAR POR LOCALIDAD | VR. OBRA EJECUTADA | VR. DISEÑO PAGADO | VR. TOTAL EJECUTADO | SALDO X EJECUTAR DEL CONTRATO | ANTICIPO ENTREGADO | PORCENTAJE ANTICIPO ENTREGADO | SALDO X INVERTIR DEL ANTICIPO | PONDERADO SOBRE EL VALOR DEL CONTRATO | PORCENTAJE EJECUTADO EN CADA CORREGIMIENTO | PORCENTAJE EJECUTADO SOBRE EL VALOR DEL CONTRATO | OBSERVACIONES | |
|---|-----------------------|---------------|----------------|-----------------|------------------------------|--------------------|-------------------|---------------------|-------------------------------|--------------------|-------------------------------|-------------------------------|---------------------------------------|--|--|---|--|
| SUAREZYSILVA CENIDO A FRAGUASCIA 14/1/2006 | San Juan del Cesar | Los Pordres | Acueducto | \$3,000,580,740 | \$ 794,749,581 | \$13,827,453 | \$271,134,022 | \$284,961,475 | \$2,715,619,255 | \$960,185,837 | 32% | \$ 675,224,362 | 26,49% | 35,86% | 9,50% | LA OBRA EJECUTADA NO ESTÁ EN FUNCIONAMIENTO | |
| | | | Alcantarillado | | \$2,205,631,159 | | | | | | | | | | | | |
| | | VALOR PARCIAL | | | \$3,000,580,740 | \$13,827,453 | \$271,134,022 | \$284,961,475 | \$2,715,619,255 | \$960,185,837 | \$ 675,224,362 | 100,00% | 35,86% | 9,50% | | | |
| TOTAL | | | | | \$3,000,580,740 | \$13,827,453 | \$271,134,022 | \$284,961,475 | \$2,715,619,255 | \$960,185,837 | | \$ 675,224,362 | | | | | |

⁷⁰ Extractos con posibles errores, pleonasmos e imprecisiones.



65. Siguiendo la “proyección” expuesta, el acto sostuvo que el “valor ejecutado fue de \$284.961.475, y el saldo pendiente por invertir del anticipo es de \$675.224.362, existiendo diferencia entre el monto del anticipo pagado por ACUAVALLE [...] al Contratista y el avalúo de las obras civiles efectivamente realizadas por él”. De allí que consideró procedente declarar el “siniestro de anticipo constituido en la póliza” de Colpatria.
66. La aseguradora interpuso recurso de reposición⁷¹ en contra de la Resolución 152 de 2012. Acuavalle resolvió dicha impugnación mediante la Resolución 289 del 1 de noviembre de 2012⁷², notificada el 16 de noviembre del mismo mes y año⁷³, en la que señaló no encontrarse sometida al EGCAP, e indicó que: (i) no vulneró el debido proceso porque requirió a las partes para reiniciar las obras o terminar de mutuo acuerdo el contrato, de modo que, tanto la contratista como la aquí demandante, conocieron oportunamente de los hechos que configuraron el incumplimiento; (ii) fue entregada la suma de \$960'185.837,00 como anticipo, cuya ejecución solo alcanzó la suma parcial y quedó el excedente determinado en la decisión inicial, circunstancia de la cual deduce la “mala fe por parte de Contratista” en no atender a los llamados para reanudar los trabajos o devolver el dinero; (iii) la facultad “para declarar unilateralmente el incumplimiento de las obligaciones por parte del contratista y hacer efectiva la cláusula penal pactada se desprende del mismo acuerdo de voluntades, cuya órbita legal hace parte del derecho privado”.

Levantamiento de la suspensión del plazo contractual

67. El primer reparo propuesto por la apelante en contra de la decisión de primera instancia enfatizó en que el Tribunal no podía validar que la demandada haya restado efectos a la quinta y última pausa del término de ejecución, porque para el 27 de agosto de 2012 (fecha de la Resolución 152) no había período que reanudar por la decisión unilateral de Corpoguajira de finalizar el convenio interadministrativo 008 de 2008, mediante la Resolución 01210 del 16 de junio de 2011.
68. Lo primero que debe señalarse es que, tratándose de negocios jurídicos suscritos por entidades públicas pero sometidos al derecho privado por disposición legal, pueden pactarse y ejercerse facultades unilaterales en virtud de la autonomía de la voluntad que rige los negocios jurídicos, pero su estipulación debe constar de manera expresa, clara e inequívoca en el acuerdo de voluntades⁷⁴.
69. Bajo esa premisa, se advierte que Acuavalle no estaba contractualmente habilitada para adoptar por sí sola una medida que pausara el plazo de

⁷¹ Índice SAMAI segunda instancia núm. 2. Archivo “3_ED_20130013400CUADE(.pdf)”, f. 87-109.

⁷² Ibid. f. 110-114.

⁷³ Ibid. f. 115.

⁷⁴ Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección A. Sentencia del 13 de agosto de 2024. Rad. 44001234000020140012601 (70470). C.P. Fernando Alexei Pardo Flórez. Párr. 94 y 95. Igualmente ver, de la misma Subsección, sentencias del 22 de octubre de 2021. Rad. 52001-23-33-000-2017-00598-01 (65978) y del 2 de junio de 2023. Rad. 25000-23-36-000-2021-00249-01 (68996). C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.



ejecución, ni para levantar unilateralmente la que hubiera sido pactada. La cláusula trigésima primera del contrato de obra⁷⁵ contempló que la suspensión sería procedente en caso de producirse situaciones de fuerza mayor o caso fortuito, o cuando surgiera del mutuo acuerdo de las partes.

70. Ahora, el hecho de que Corpoguajira haya declarado la terminación “*ipso jure*” del convenio por la extinción del plazo allí pactado es un suceso que la propia Empresa expuso como parte de la motivación a sus medidas⁷⁶, y que no fue controvertido dentro de este asunto. Por lo tanto, esta Subsección entiende que la fecha en que se expidió la Resolución 152 de 2012, y fue dada a conocer la confirmación de esta última, el término del aquel acuerdo interadministrativo ya había expirado el 18 de septiembre de 2010⁷⁷.

71. De allí que, al margen de encontrar que ninguna de las partes -en especial, la demandada- podía suspender o rehabilitar *motu proprio* el periodo de ejecución contractual, una decisión de esta naturaleza carece de efectos prácticos una vez ocurrida la expiración por una razón que las mismas partes previeron, y a la cual estaba sujeta la vigencia del contrato de obra. En otras palabras, una vez acaecida la circunstancia externa y prevista por las partes que concluyó el lapso para desarrollar oportunamente las obligaciones pactadas, esto es, el plazo extintivo pactado, resultaba improcedente cualquier reanudación. En ese sentido, contrario a lo expresado por el Tribunal, tal medida era inane para declarar el incumplimiento, la ocurrencia de siniestros, la efectividad de las garantías, y la liquidación del contrato, ya que no había término por reavivar.

72. Seguido de lo anterior, si bien se contesta negativamente el primero de los problemas jurídicos planteados, ello no conduce a la prosperidad del cargo y, por ende, a restarle efectos al apartado de la decisión que levantó la suspensión contractual ya que, por la expiración anterior del convenio que le daba vigencia, no tiene trascendencia, ni constituye un motivo de incumplimiento del contrato por parte de la demandada.

⁷⁵ Vid. Supra. Párr. 37 de este fallo.

⁷⁶ Supra. Párr. 46 de esta providencia.

⁷⁷ En apoyo de lo anterior, cabe referir la tesis sostenida por la Subsección B de esta Corporación, en relación con el juzgamiento de la Resolución 01210 del 16 de junio de 2011: “[...] *En los actos administrativos demandados Corpoguarjira señaló que el contrato terminó por vencimiento del plazo de ejecución, con fundamento en lo cual existía lo que denominó una terminación <<ipso jure>> // [...] Revisados los documentos contractuales, el plazo inicial del contrato fue pactado en 16 meses desde el acta de inicio, que fue suscrita el 19 de agosto de 2008. Este plazo fue prorrogado por las partes por nueve meses más, es decir hasta el 18 de septiembre de 2010. Así, para la fecha de expedición de los actos administrativos demandados, esto es, 16 de junio y 23 de agosto de 2011, el contrato [sic] ya había terminado. [...] En consecuencia, los actos demandados no dieron por terminado unilateralmente el contrato, pues el mismo había finalizado por el vencimiento del plazo pactado, lo que implica que, contrario a lo alegado por el apelante, la entidad no ejerció la facultad de terminación unilateral prevista en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993*”: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección B. Sentencia del 4 de mayo de 2022. Rad. 44001-23-31-000-2012-00059-02 (63048). C.P. Martín Bermúdez Muñoz. Párr. 8 a 10.



La declaración de la ocurrencia de siniestros y la cuantificación de perjuicios

73. Mediante una lectura conjunta de las cláusulas vigésima sexta, vigésima octava y trigésima del contrato de obra⁷⁸, esta Subsección infiere que Acuavalle tenía, ante una situación de *“incumplimiento de las obligaciones contractuales”* a cargo de la contratista, la facultad de *“hacer efectiva”* la cláusula penal pecuniaria, bien fuera apropiando los saldos adeudados al contratista o *“mediante el cobro de la garantía de cumplimiento”* adelantado a través de *“Resolución motivada”* que sería notificada al garante en caso de optar por la última de las alternativas.
74. En ese orden de ideas, considera que la puesta en marcha de las garantías ante la aseguradora suponía lógica y necesariamente las declaraciones de incumplimiento y de concreción del riesgo, de lo contrario, estas estipulaciones no alcanzarían un fin práctico, en contravía de lo que busca el ordenamiento al prever la regla que da preferencia al entendimiento del clausulado que produzca efectos por encima de aquel que no los proporciona⁷⁹.
75. Esto no riñe con el criterio anteriormente expuesto según el cual la facultad unilateral de cobro directo a la aseguradora previa manifestación constitutiva del siniestro de incumplimiento y cuantificación de los perjuicios debía estar previamente, expresa e inequívocamente pactada en el negocio suscrito por Colpatria⁸⁰ para avalar la satisfacción de las obras, en el marco de la autonomía de la voluntad, ya que el régimen jurídico de los acuerdos de voluntades suscritos entre la contratista y Acuavalle, y los actos jurídicos de esta última, eran de derecho privado.
76. Empero, las cláusulas contentivas de esta clase de acuerdos son susceptibles de interpretación por parte del juez del contrato⁸¹, ejercicio que adelantó la Sala al empezar este acápite⁸², conforme a las reglas hermenéuticas contenidas en el Código Civil⁸³, en particular, a aquella que le confiere prevalencia al sentido que provea de efectos a lo pactado por encima del que no los produzca (Art. 1620), como desarrollo del de la facultad normativa de la relación jurídica en

⁷⁸ Párr. 41 (parágrafo IV), y 42 de esta sentencia.

⁷⁹ Código Civil – Artículo 1620: *“El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno”*.

⁸⁰ Lo cual implica que este acuerdo debe estar pactado en el contrato de seguro de cumplimiento, en razón de su carácter principal, autónomo e independiente. Sobre estas características, ver: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección A. Sentencia del 5 de febrero de 2024. Rad. 130012333000201300328 01 (62.324). C.P. José Roberto SÁCHICA Méndez.

⁸¹ Tiene dicho la jurisprudencia que *“la interpretación del negocio jurídico, es necesaria no sólo respecto de cláusulas oscuras, ambiguas, imprecisas, insuficientes e ininteligibles, antinómicas y contradictorias o incoherentes entre sí o con la disciplina normativa abstracta o singular del acto, sino también en presencia de estipulaciones claras o diáfanas (in claris non fit interpretatio) y aún frente a la claridad del lenguaje utilizado, cuando las partes, una o ambas, le atribuyen un significado divergente, no siendo admisible al hermeneuta restringirse al sentido natural u obvio de las palabras, a la interpretación gramatical o exegética, al escrito del acto dispositivo documental o documentado “por claro que sea el tenor literal del contrato” (cas. civ. agosto 1/2002, exp. 6907), ni “encerrarse en el examen exclusivo del texto del contrato...” (cas.civ. junio 3/1946, LX, 656)”*: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 7 de febrero de 2008. Exp. 2001-06915-01. M.P. William Namén Vargas.

⁸² Supra. Párr. 73.

⁸³ Artículos 1618 a 1624.



cabeza de las partes, y en aras de asegurar las finalidades prácticas que ambas persiguen⁸⁴.

77. Además, tal como lo ha precisado esta Subsección⁸⁵, una estipulación de esa naturaleza no desconoce el orden público:

“... porque no contraviene ni supone la alteración de normas que por su naturaleza o por disposición de la ley son inmodificables en tanto, no se dejó al arbitrio de la Asegurada la configuración o constitución del siniestro, lo cual vulneraría los artículos 1054 y 1055 del Código de Comercio, pues lo pactado simplemente supone que la beneficiaria de la póliza como cualquier otro -particular o entidad pública-, para hacerla efectiva debía manifestar que el riesgo amparado se concretó y, además, por voluntad del Asegurador y no por prerrogativas derivadas de la ley, que tal manifestación, debidamente motivada, sería suficiente para acreditar su dicho y, por esa razón, para entender que se dio el hecho que da origen a la obligación del asegurador de indemnizar la pérdida al asegurado, lo cual tampoco vulnera el orden público, pues, además de que no existe una tarifa legal para acreditar la ocurrencia del siniestro, esa declaración, como acaba de verse, no impide a la Aseguradora demostrar lo contrario, o cualquier otro hecho o circunstancia excluyente de su responsabilidad, pues, según sus propias estipulaciones, al tener la posibilidad de debatir ante la Asegurada la ocurrencia del siniestro y su cuantía, como en efecto lo hizo, se preservó su derecho al debido proceso”.

78. Con todo, la recurrente explícitamente afirmó en su impugnación que en ningún momento del presente proceso judicial “*cuestionó la potestad que tenía la entidad de declarar la ocurrencia del siniestro que [...] equivale a la reclamación*”, sino que ésta no se apoyó en pruebas que demuestren el acontecimiento y la cuantificación de la merma económica, indicando que debía aplicarse al asunto el artículo 1077 del estatuto mercantil⁸⁶.

79. En ese orden de ideas, la carga de la prueba⁸⁷ implicaba que la prosperidad de las pretensiones de la demandante dependía de la acreditación de los fundamentos fácticos que esta misma propuso, esto es, que la desatención de las obligaciones contractuales, imputada al contratista amparado, no se configuró por los móviles expresados por la contratante, que estos estaban apartados de lo verdaderamente acontecido durante la ejecución del negocio, o que la cuantificación de la merma económica no se acompasa con la realidad. Lo que en este caso se traduce en acreditar ante esta instancia que el informe

⁸⁴ “... Adviértase que las partes al celebrar un contrato razonablemente desean, quieren o procuran su eficacia y, por ende, el juez deberá preferir en toda circunstancia la consecuencia relativa a la preservación del mismo, porque, se itera, sería absurdo siquiera suponer la celebración de un contrato para que no produzca efecto alguno cuando las partes, por principio, lo hacen bajo la premisa cardinal de su cumplimiento y eficacia. Por lo mismo, a efectos de asegurar esta finalidad convergente, naturalmente perseguida con el pactum, las partes, contraen la carga correlativa de evitar causas de ineficacia del negocio jurídico y, el juzgador al interpretarlo y decidir las controversias, procurar dentro de los límites racionales compatibles con el ordenamiento jurídico, su utilidad y eficacia, según corresponde a la ratio legis de toda conocida ordenación normativa. // La fisonomía de esta regla impone que la frustración del acto sólo es pertinente cuando no exista una alternativa diferente, según postula de tiempo atrás la doctrina de la Corte, al relieves la significativa importancia del contrato, su celebración, efecto vinculante, cumplimiento y ejecución de buena fe, destacando la directriz hermenéutica consagrada en el artículo 1620 del Código Civil (cas. civ. sentencia de 28 de febrero de 2005, Exp. 7504).”: Sent. 7-feb-2008, previamente mencionada.

⁸⁵ Sent. 24-sep-2020, antes citada.

⁸⁶ “Corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso”.

⁸⁷ Cfr. CGP – Art. 167, inciso primero.



rendido por el personal de la Empresa no se correspondía con la ejecución contractual, desconoció el porcentaje de obras realmente realizado y el anticipo invertido en los trabajos. Postulados estos que comportaban negaciones definidas⁸⁸, en tanto, refieren a hechos concretos, y están limitados en tiempo y lugar.

80. En el *sub judice*, para la Sala las manifestaciones de voluntad encaminadas a depositar en la Empresa la posibilidad de hacer efectiva la póliza mediante “*Resolución motivada*” y notificada a la aseguradora permiten establecer que en el contrato de obra se previó la facultad de declaración de incumplimiento, acto del que, además de ser puesto en conocimiento de la aseguradora, debía contener una exposición fundamentada de las razones que condujeron a las declaraciones allí adoptadas así como de las sumas expresadas en la denominada Resolución 152 de 2012, posteriormente confirmada.

81. Adicionalmente tal como lo admitió la apelante⁸⁹, la facultad declarativa del siniestro en cabeza de la entidad no está siendo cuestionada ni forma parte de los argumentos de la reclamación judicial ni de la impugnación formulada en contra de la decisión de primera instancia, sin que la actora acreditara alguna disposición en contrario, toda vez que en el expediente no reposa medio informativo alguno que permita comprobar, dentro del contrato de seguro de cumplimiento, que Acuavalle careciera de habilitaciones explícitas e inequívocamente plasmadas en el negocio amparado y, a la postre, ejercidas mediante las resoluciones cuestionadas⁹⁰.

82. En lo que respecta al cuestionamiento del informe rendido por el personal de la Empresa que, a juicio de la recurrente, era el elemento central de la motivación

⁸⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 13 de julio de 2005. Exp. 00126. M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno: *“Tiene dicho la Corte, en lo relacionado con el tema de las negaciones, que éstas se dividen en definidas e indefinidas, siendo las primeras aquéllas que tienen por objeto hechos concretos, “limitados en tiempo y lugar, que presuponen la existencia de otro hecho de igual naturaleza, el cual resulta afirmado implícita o indirectamente”, las segundas, en cambio, “no implican, ni indirecta ni implícitamente, la afirmación de hecho concreto y contrario alguno.” // Para las primeras, el régimen relacionado con el deber de probarlas continua intacto “por tratarse de una negación apenas aparente o gramatical”; las segundas, “son de imposible demostración judicial, desde luego que no implican la aseveración de otro hecho alguno”, de suerte que éstas no se pueden demostrar, no porque sean negaciones, sino porque son indefinidas.”:*

⁸⁹ Supra. Párr. 23 de esta decisión.

⁹⁰ En ese orden de ideas, la Subsección ha tenido en cuenta las condiciones generales y particulares del seguro de cumplimiento, ausentes en este plenario, para verificar la existencia de estas facultades (ver, además de la providencia del 24 de septiembre de 2020, antes referenciada, las sentencias del 8 de abril de 2024. Rad. 85001-23-33-000-2016-00053-01 (60718), y del 11 de agosto de 2025. Rad. 85001-23-33-000-2016-00052-01 (65357). C.P. María Adriana Marín). De otra parte, el artículo 1046 del Código de Comercio, modificado por el artículo 3 de la Ley 389 de 1997, permite probar el negocio jurídico asegurativo “*por escrito o por confesión*”. Al respecto, la jurisprudencia ha señalado que, a diferencia del régimen legal anterior, la “*póliza dejó de ser constitutiva del contrato y su función, en consecuencia, quedó limitada a la demostración del contrato, sin que se haya erigido como el único elemento idóneo para ello, pues a voces del nuevo artículo 1046 del Código de Comercio, “[e]l contrato de seguro se probará por escrito o por confesión”, esto es, en lo que refiere a la primera posibilidad, con prueba documental, entre la cual está obviamente la póliza. [...] Por consiguiente, uno es el contrato de seguro, cuyo surgimiento en el mundo jurídico deriva del efectivo cruce de las voluntades de tomador y asegurador; y otra la póliza, en que se recoge el mismo, que tiene por única función la demostración de la convención con anterioridad perfeccionada.”: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC5290 del 1° de diciembre de 2021. M.P. Álvaro Fernando García Restrepo.*



fáctica y jurídica de los actos de la demandada, en el expediente no obra dicho medio de convicción, relativo al “*balance económico*” del negocio liquidado de acuerdo con la decisión unilateral. Tampoco hay pruebas distintas a ese insumo que permitan contrastar las cifras mencionadas por la demandada⁹¹ respecto al porcentaje de avance parcial de las obras, o al grado de amortización del anticipo.

83. A lo sumo, cabría referir que en la Resolución 152 de 2012 se obvió cualquier tipo de mención sobre los materiales de obra enlistados en el acuerdo de cesión contractual entre SSIC y la UT, también suscrito por el gerente de la Empresa, en la que se relacionaron y adjuntaron facturas que dieron cuenta de la inversión de los dineros entregados e, incluso, conforme a ese arreglo, los superaba⁹². Empero, se desconoce si el mencionado informe en el cual, según la recurrente, se basaron las manifestaciones de voluntad cuestionadas, tuvo en cuenta o no dicha circunstancia, correspondiendo a la actora demostrar, para lograr la estimación favorable a sus pretensiones, si el estudio tantas veces invocado no consideró o apreció inadecuadamente ese hecho atinente a la ejecución de las obras.

84. Por estas razones, Colpatria inobservó la carga demostrativa de los hechos en que reposaban sus súplicas, esto es, la afirmación de que el acto careció de justificación. Pauta de conducta que, al margen de su aseveración sobre su desconocimiento del mentado elemento elaborado por funcionarios de la demandada durante la formación del acto, debía satisfacerse frente al juez del contrato, allegando y controvirtiendo las bases de ese documento.

85. Con todo, la Sala repara en que el acto no se motivó únicamente en el contenido de ese análisis, sino en el requerimiento al contratista de obra para reiniciar los trabajos que, de acuerdo con lo expresado en las resoluciones, no fue atendido. A diferencia de lo que planteó el recurrente, el Tribunal no estaba conminado a pronunciarse sobre los requisitos del incumplimiento contractual de la UT cuando, en este proceso judicial, la aseguradora únicamente se enfocó hacia lo supuestamente sostenido por los servidores de la demandada, dejando de lado argumentar o demostrar que su afianzado no incurrió en las infracciones o desatenciones obligacionales achacadas por la Empresa.

86. De esta manera, la Sala responde negativamente al segundo problema jurídico formulado.

La liquidación unilateral del contrato practicada por Acuavalle

87. El extremo apelante cuestionó que la Empresa se haya apartado de lo dispuesto en el acuerdo de voluntades para realizar la liquidación de la relación jurídica contractual. En especial, señaló que no fue convocada para defenderse de los argumentos de ese balance definitivo, ni se incitó su concertación, pasos

⁹¹ Supra. Párr. 65 de la presente sentencia.

⁹² Supra. Párr. 55 de este pronunciamiento.



preliminares que debieron realizarse antes de que la demandada impusiera su criterio sobre el grado de cumplimiento de las obligaciones estipuladas.

88. De entrada, la Sala advierte que el acuerdo entre Acuavalle y SSIC previó, en su cláusula trigésima octava⁹³ que serían las partes quienes suscribirían este acto contractual, incluyendo la constancia de recibo a satisfacción y la certificación de paz y salvo en favor del contratista. Igualmente, se contempló que la liquidación sería procedente una vez terminara el contrato “*por cualquier motivo*”, dentro de un plazo de cuatro (4) meses computados desde esa circunstancia, sin que se hayan pactado las consecuencias de desatender ese plazo. Ahora, no fue pactada la facultad de liquidación unilateral en cabeza de la contratante, ni se estipuló un procedimiento específicamente encaminado a llevarla a cabo.
89. En este punto, debe reiterarse⁹⁴ que el tratamiento del acto de liquidación unilateral como contractual regido por el derecho privado, impone su abordamiento desde la perspectiva de la responsabilidad contractual, específicamente, de la infracción de lo pactado.
90. Dicho esto, la Subsección advierte que la liquidación pronunciada de forma unívoca por la demandada carecía de aptitud para producir una liquidación contractual definitiva y vinculante, toda vez que esta modalidad de balance definitivo no fue prevista por las partes en el acuerdo de voluntades. De suerte que, a diferencia de lo que acontece en el régimen del EGCAP, este acto no es ejecutivo ni ejecutorio⁹⁵, y únicamente plasma su criterio acerca de cuál debía ser el corte definitivo de cuentas derivadas del contrato.
91. Tomando lo anterior, desde la perspectiva del incumplimiento, que una de las partes emplee una facultad unilateral no convenida no se transforma automáticamente en responsabilidad contractual. Para tal efecto, como ha dicho la Sala⁹⁶, una infracción que conlleve a esa declaración supone la preexistencia y validez de una prestación debida que es desconocida en el tiempo y forma

⁹³ Párr. 38 de esta decisión.

⁹⁴ Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección A. Sentencia del 1° de septiembre de 2025. Rad. 05001-23-33-000-2018-01485-01 (72.745). C.P. Fernando Alexei Pardo Flórez. Párr. 44 y 45.

⁹⁵ En relación con el tema, la jurisprudencia tuvo ocasión de indicar lo siguiente respecto de una liquidación unilateral adoptada por una entidad pública en el contexto de negocio jurídico regido por el derecho privado: “... *la declaración unilateral de FONDECUN sobre la liquidación del contrato no generó ningún efecto jurídico respecto del municipio de Soacha. En primer lugar, como ya se explicó, esa liquidación no tiene su fuente en un acto administrativo, por tanto, no tiene el carácter ejecutivo y ejecutorio propio de tales declaraciones de voluntad. En segundo lugar, en la medida que no se pactó una facultad convencional para que FONDECUN liquidara el contrato, sus manifestaciones unilaterales no crearon obligaciones para el municipio de Soacha, pues, como dice el artículo 1494 del Código Civil, las obligaciones nacen, ya del concurso real de voluntades, ya del hecho voluntario de la persona que se obliga, ya a consecuencia de un hecho ilícito, ya por disposición de la ley; pero no del solo querer de una de las partes del negocio jurídico.*”. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección A. Sentencia del 21 de mayo de 2021. Rad. 25000-23-36-000-2015-01315-01(57822). C.P. José Roberto Sáchica Méndez.

⁹⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección A. Sentencias del 14 de marzo de 2016. Rad. 760012331000199800913-01 (30542). C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera; del 21 de mayo de 2021. Rad. 54001-23-31-000-2009-00321-01 (53134); y del 4 de julio de 2023. Rad. 70001-23-33-000-2014-00207-01 (56376). C.P. María Adriana Marín.



estipulados por acción u omisión del deudor, y que ocasiona un daño cierto y derivado causalmente del comportamiento antijurídico del obligado. Circunstancias que, igualmente, requieren de prueba por quien las alega en juicio.

92. En este caso, la manifestación unilateral de voluntad orientada a fijar un balance conclusivo no tenía, por sí sola, la virtualidad de constituir una plataforma válida para exigir un pago al contratista o a la aseguradora, pues el acuerdo de voluntades no le otorgaba tal alcance. No obstante, podría afirmarse que dicho ejercicio estaba estrechamente ligado a las cifras y conceptos empleados por la Empresa para estimar los perjuicios derivados del supuesto incumplimiento amparado por la póliza. Sobre este punto, se reitera que la parte actora no acreditó que tales cifras se apartaran de la realidad contractual.

93. De esta forma, se descarta que Acuavalle haya incumplido lo acordado al realizar la mentada manifestación. De esta manera, se contesta el tercer interrogante jurídico planteado anteriormente.

Violación al debido proceso

94. La recurrente censuró el fallo de primer grado porque, a su juicio, soslayó la circunstancia de no haber sido convocada por Acuavalle antes de adoptar los actos unilaterales que declararon el incumplimiento del contratista asegurado por la póliza de cumplimiento que expidió. La sentencia del Tribunal había descartado este argumento al estimar que esta garantía fue cumplida mediante la notificación del acto; adicionalmente, encontró que la demandante conocía de las situaciones constitutivas de infracción contractual por las cuales fue declarada esta circunstancia.

95. Al respecto, la Sala considera pertinente resaltar que, en el contexto de un contrato estatal regido por el derecho privado, no es aplicable lo dispuesto por las reglas propias de los negocios jurídicos orientados por el EGCAP que refieren pautas procedimentales para resolver unilateralmente el incumplimiento y/o la ocurrencia de los siniestros amparados⁹⁷, salvo que las partes lo indiquen, los instrumentos incorporados al acuerdo así lo establezcan⁹⁸ o -en lo que corresponde a la aseguradora garante- las condiciones de la póliza lo prevean⁹⁹.

96. Empero, ello no significa que el debido proceso no opere en asuntos como el presente¹⁰⁰, ya que esta garantía también se predica de las relaciones entre las

⁹⁷ Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección A. Sentencia del 19 de mayo de 2025. Rad. 52001233300020160025201 (70.884). C.P. Fernando Alexei Pardo Flórez. Párr. 91.

⁹⁸ Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección A. Sentencia del 2 de junio de 2023. Rad. 25000-23-36-000-2021-00249-01 (68.996). C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

⁹⁹ Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección A. Sentencia del 31 de julio de 2024. Rad. 250002336000 201503052 01 (59.547). C.P. José Roberto Sáchica Méndez.

¹⁰⁰ Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección A. Sentencia del 27 de febrero de 2026. Rad. 250002336000202100325 01 (71.852). C.P. José Roberto Sáchica Méndez.



partes de los contratos, especialmente cuando una de estas posee prerrogativas unilaterales de imponer consecuencias negativas a la otra, a fin de prevenir abusos en su ejercicio o en la posición dominante, de suerte que se exigen mínimos de razonabilidad y de proporcionalidad. En ese orden de ideas, el respeto de este derecho requiere que la imposición de medidas por uno de los contratantes respecto de otro: (i) conste en un *“cuerpo normativo expedido con anterioridad al acaecimiento de la conducta que se juzga como indeseable”*¹⁰¹; (ii) asegure la publicidad, imparcialidad y debida motivación del trámite y de la decisión; (iii) tenga la posibilidad de defenderse, presentar pruebas y controvertir las decisiones que le sean adversas.

97. A partir de lo anterior, esta Colegiatura considera, de acuerdo con la documentación traída al plenario¹⁰², que los hechos que a juicio de Acuavalle configuraban el apartamiento del programa contractual no fueron desconocidos para la aquí demandante, lo cual permite indicar que, contrario a lo planteado en el recurso, la actora y apelante sí contó con oportunidades previas para pronunciarse antes de que la asegurada emitiera las determinaciones aquí impugnadas.

98. Adicionalmente, no encuentra elementos de juicio para advertir que la Empresa tuviera el deber de citar con antelación a Colpatria para que se pronunciara sobre el incumplimiento del contratista de obra. En efecto, del texto del contrato¹⁰³ no se desprende que previo a hacer efectiva la garantía, Acuavalle debiera llamar a la compañía de seguros, ni que esa supuesta fase fuera un presupuesto necesario para expedir adecuadamente decisiones unilaterales como las que fueron adoptadas en las Resoluciones.

99. Por lo tanto, al no demostrarse los fundamentos de la irregularidad señalada por la demandante, este cargo tampoco prospera, y el cuarto problema jurídico planteado se responde en sentido negativo.

Cuantificación de la cláusula penal

100. Sobre el tópico pendiente de respuesta, relativo al reproche de la sentencia por no establecer el cálculo adecuado de la cláusula penal pecuniaria en virtud del porcentaje de ejecución, la Sala considera que al no haber elementos de convicción cuyo contenido informe el alcance real de los trabajos, ni siquiera el informe de los funcionarios de Acuavalle, no resulta posible analizar críticamente el contenido de las Resoluciones sobre este particular, ni evaluar su proporcionalidad conforme a las obras realizadas, como lo suplicó la impugnación en alzada¹⁰⁴. De esta manera, la demandante no satisfizo su carga probatoria y, por tanto, se desestiman sus pedimentos por estas razones. El quinto y último interrogante es contestado negativamente.

¹⁰¹ Corte Constitucional. Sala Cuarta de Revisión. Sentencia T-534 del 5 de diciembre de 2023. M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar.

¹⁰² Supra. Párr. 54, 55, 57 y 61 de la presente providencia.

¹⁰³ Supra. Cit. 37 y 37 de esta decisión.

¹⁰⁴ Supra. Párr. 26 de este proveído.



Conclusiones

101. Recapitulando lo expuesto, la Sala confirmará el fallo de primera instancia, por estas razones:
102. Por regla general, los contratos que celebran las empresas de servicios públicos domiciliarios se rigen por los Códigos Civil y de Comercio, salvo las excepciones previstas por el ordenamiento. En el *sub judice*, no se constató que el contrato de obra amparado por la póliza de cumplimiento tuviera un régimen jurídico distinto al que la Ley 142 de 1994 dispuso para estos negocios, esto es, el derecho privado.
103. En ese orden de ideas, la estipulación y ejercicio de facultades unilaterales por parte de la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios supone, en el marco del derecho privado, su pacto claro, expreso e inequívoco. Esto no impide su interpretación, conforme a los cánones establecidos legalmente para ello por el Código Civil. En lo que este proceso respecta, se probó, de una parte, que Acuavalle no tenía habilitación para levantar unilateralmente la suspensión contractual pactada previamente entre las partes. Sin embargo, si podía declarar unilateralmente el incumplimiento del contratista y cuantificarlo, además esa manifestación podía servir de reclamo directo de la indemnización pecuniaria a la aseguradora, siempre y cuando esa decisión (i) estuviera soportada en la realidad del contrato, y (ii) fuera formal y sustancialmente puesta en conocimiento de la garante.
104. Aunque no podía adoptar la medida del levantamiento de suspensión contractual, como el contrato de obra ya había finalizado con antelación, aquella no repercutió en la decisión de hacer efectivas las garantías y la cláusula penal en los términos allí pactados. Por ende, no constituye infracción contractual susceptible de ser indemnizada.
105. En el asunto bajo juzgamiento, se coligió que la manifestación unilateral de la Empresa debía ser motivada y notificada a la aseguradora. Empero, no se acreditó que las razones en que se sustentaron las decisiones de Acuavalle de declarar configurado el siniestro incumplimiento fueran contrarias a lo verdaderamente acontecido en virtud de las supuestas falencias del informe citado por la Resolución 152 de 2012.
106. En el marco convenido, si bien la demandada no estaba investida para liquidar unilateralmente el contrato de obra, esta expresión de voluntad no implicó el desconocimiento de lo acordado toda vez que no reflejaba nada diferente a su apreciación de lo ocurrido en el período de ejecución, y no representa el balance definitivo de las prestaciones pactadas dado que éste sólo podía realizarse de mutuo acuerdo. Así mismo, no reunió los elementos necesarios para considerarlo como un incumplimiento contractual, concretamente, que existiera una obligación preexistente que impidiera ese pronunciamiento, y que haya ocasionado daños ciertos. Por lo demás, la



demandante no acreditó que la liquidación tergiversara lo ocurrido durante el desarrollo de lo pactado.

107. En la misma línea, para que proceda la acusación por vulneración del debido proceso frente a decisiones unilaterales adoptadas dentro de un contrato regido por el derecho privado, debía demostrarse la violación del procedimiento y el impedimento a la actora de presentar pruebas o controvertir la decisión adoptada en su contra. En el asunto, la aseguradora sí estaba enterada de las circunstancias que rodearon el incumplimiento declarado por la entidad, y no había sido estipulado ningún trámite que obligara a su vinculación preliminar. Por estas razones, su alegación carecía de sustento y no estaba llamada a prosperar.
108. El señalamiento de desproporción del cálculo de la cláusula penal pecuniaria también requería de prueba para que prospere. En este litigio, no se demostró el porcentaje real de ejecución del contrato como presupuesto invocado para realizar un análisis de adecuación conforme a los trabajos realizados, razón por la que deben negarse los pedimentos al ser imposible tomar cualquier otra decisión sobre el particular.

Condena en costas

109. Según las leyes en vigor¹⁰⁵ para la fecha del recurso de apelación¹⁰⁶, lo referente a este concepto sigue lo dispuesto en el Código General del Proceso (CGP)¹⁰⁷. De acuerdo con el artículo 365, numeral 1 de ese estatuto procesal, se *“condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto”*.
110. Al decidirse la confirmación de la decisión apelada, Colpatria será condenada por este concepto¹⁰⁸. Su liquidación corresponde al Tribunal a *quo*¹⁰⁹.
111. En cuanto a las agencias en derecho, las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura estaban reguladas por el Acuerdo 1887 de 2003¹¹⁰,

¹⁰⁵ Ley 1437 de 2011 – Artículo 188, modificado por la Ley 2080 de 2021.

¹⁰⁶ Interpuesto el 24 de febrero de 2025, según lo informó el SAMAI de primera instancia (núm. 32).

¹⁰⁷ Considerando que, conforme a la postura unificada, el Código General del Proceso entró en vigencia, para la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el 1 de enero de 2014. Cfr. Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto del 25 de junio de 2014. Rad. 25000-23-36-000-2012-00395-01(49299). C.P. Enrique Gil Botero

¹⁰⁸ Sin embargo, el magistrado ponente estima que, para condenar en costas a la demandante (no así a la demandada vencida), debe acudir a un criterio subjetivo, en aplicación del mandato incorporado -con la Ley 2080 de 2021- en el artículo 188 del CPACA, conforme al cual en todos los casos (salvo en litigios relacionados con grave violación de derechos humanos, donde no procede, o en las actuaciones gobernadas con reglas especiales, como en recursos extraordinarios) corresponde comprobarse si la demanda careció manifiestamente de fundamento legal. Sin embargo, también reconoce que no es una interpretación pacífica, por lo que -hasta tanto la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo no unifique la subregla- acogerá la actual posición mayoritaria de la Sección Tercera, que se inclina por mantener la aplicación del elemento objetivo.

¹⁰⁹ Cfr. CGP – Artículo 366.

¹¹⁰ Conforme al artículo 1 del Acuerdo, este *“regula las tarifas para efectos de la fijación de agencias en derecho y se aplica a los procesos [...] de la jurisdicción de lo contencioso administrativo”*. Según el artículo 3 de dicha normativa, cuando *“se trate de la segunda instancia [...] las tarifas se establecen*



Radicación: 44001-23-40-000-2013-00134-01 (69876)
Demandante: Seguros Colpatria S.A.
Demandado: Acuavalle S.A. E.S.P.
Referencia: Controversias contractuales

vigente al momento de presentación de la demanda. Para la segunda instancia, esta normativa impuso el límite del “cinco por ciento (5%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia”. En virtud de la vigilancia que la parte demandada, a través de apoderada judicial, debió realizar al trámite del proceso durante la alzada, se fijará por este rubro la suma equivalente al 0,1% de las pretensiones planteadas por la demandante¹¹¹, esto es, un millón doscientos setenta y cinco mil trescientos cuarenta pesos con cincuenta y un centavos (\$1'275.340,51).

112. En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 3 de marzo de 2021, proferida por el Tribunal Administrativo de la Guajira, por las razones expuestas en la presente providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a Seguros Colpatria S.A., las cuales serán liquidadas por el Tribunal de primera instancia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 366 del Código General del Proceso; e inclúyase la suma de un millón doscientos setenta y cinco mil trescientos cuarenta pesos con cincuenta y un centavos (\$ 1'275.340,51), por concepto de agencias en derecho.

TERCERO: DEVOLVER, por Secretaría, el expediente al Tribunal de origen, una vez ejecutoriada esta sentencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ
Aclaración de voto

VF

Nota: Esta providencia fue suscrita en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link <https://samai.consejodeestado.gov.co/Vistas/documentos/validador>. Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha.



en salarios mínimos legales mensuales vigentes”; y conforme al artículo 5, numeral 1, las tarifas de agencias en derecho en segunda instancia corresponden al margen comprendido entre 1 y 6 S.M.L.M.V.

¹¹¹ Estas fueron estimadas por la demandante en la suma de mil doscientos setenta y cinco millones trescientos cuarenta mil quinientos diez pesos (\$ 1.275'340.510).